

ANA LUCIA PRETTO PEREIRA

A atividade política da jurisdição constitucional brasileira

**Curitiba
2013**

ANA LUCIA PRETTO PEREIRA

A atividade política da jurisdição constitucional brasileira

Tese apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Doutor em Direito do Estado pelo Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Dr. Clèmerson Merlin Clève.

**Curitiba
2013**

TERMO DE APROVAÇÃO

A atividade política da jurisdição constitucional brasileira

ANA LUCIA PRETTO PEREIRA

Tese aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Doutor em Direito do Estado, pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, por comissão formada pelos seguintes professores:

Orientador: Prof. Dr. Clèmerson Merlin Clève (UFPR)

Membro:

Membro:

Membro:

Membro:

Curitiba, _____ de _____ de 2013.

"I have found that no exertion of the legs can
bring two minds much nearer to one another."

(H. D. Thoreau, *Walden*.)

"One of these days, your heart will stop
And play its final beat.

But it's all right."

(D. E. Grohl, *Wasting light*)

Agradecimentos

Na Universidade Federal do Paraná, registro meu agradecimento ao Prof. Clèmerson Merlin Clève, pela confiança, estímulo, generosidade e orientações desde longa data, essenciais, e determinantes, para minha formação. Agradeço aos Professores Vera Karam de Chueiri, Kátia Kozicki e Egon Bockmann Moreira pelo incentivo contínuo, desde a Graduação em Direito. Agradeço, também, aos Professores Estefânia Barboza e Fabrício Tomio (e, pelos mesmos motivos, à Professora Vera), pelo exame das conclusões parciais da tese, por ocasião da banca de qualificação, o que aprimorou sobremaneira o texto. Agradeço ao doutorando e amigo Bruno Lorenzetto pelas críticas e discussões sobre aspectos teóricos centrais. Um agradecimento especial deve ser feito, ainda, ao Professor Rodrigo Kanayama, pelo auxílio no preparo da documentação institucional necessária à ida a Harvard, e ao Professor Rodrigo Xavier Leonardo, pela gentileza dos conselhos antes da realização do estágio no exterior, sem os quais esse período de pesquisas, definitivamente, não teria sido o mesmo.

Na Universidade de Harvard, agradeço ao Prof. Duncan Kennedy, pelo acompanhamento e impulso na evolução do trabalho, cuja estrutura, em muito, é tributária de seus questionamentos. Sou grata, também, ao Prof. Amartya Sen pela disponibilidade para discutir suas ideias à luz das preocupações deste estudo. Aos doutorandos Nimer Sultany e Adam Lebovitz, agradeço pela discussão de textos e manuscritos; a Daniel Vargas, pela receptividade; a Andrey Shitaker, Chi Fei e Shehnaz Alidina por partilharem dúvidas e projetos não-acadêmicos entre malas e pilhas de livros; e a Ermal Frasheri, pela amizade.

Fora das duas instituições, a hipótese de pesquisa foi mais de uma vez colocada à prova pelos amigos José Arthur Castillo de Macedo, Ivan Chicoski, Arthur Nagel, Pedro Beaklini, Katherine (Katie) Entigar e Alicia Almagro, e também por meu especial e incansável interlocutor, além de astuto revisor da tese, Leonardo Fayad Gnoato. A todos meus sinceros agradecimentos.

A redação/montagem da tese deu-se, em parte, no escritório Clèmerson Merlin Clève Advogados Associados, a cuja equipe agradeço, em particular na pessoa amável de Eloise Ferreira, gerente administrativa e que cuidou - como de costume - para que o trabalho fluísse com tranquilidade.

Finalmente, e porque mais importante, este estudo não teria acontecido sem o apoio e suporte de minha querida família - "*sem quem, nada; por quem, tudo*". Meus pais, Frutuoso e Maria Luisa, eternamente responsáveis; minhas irmãs, Caca, Cris e Lili (consultora de luxo); meus cunhados, Márcio (investidor em sonhadores), Dubi e Alexandre. E, agora, o time ficou completo - e muito mais bonito - com a chegada do *essencial*, que é invisível aos olhos, porém claramente visto pelo coração: *Leo*. Meus tios Lúcia e Cândido, Raimundo e Lizete, torceram à distância ao longo do estágio doutoral nos Estados Unidos, a quem também agradeço.

Apresentação

Desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, pode-se dizer que a atividade judicial, bem como a dogmática jurídica construída sobre essa atividade, têm passado por renovações substanciais.

A Carta de 88, os direitos, deveres, competências e garantias nela previstos, somados à prática constitucional que se experimenta na interação instituições/sociedade brasileira desde então, tem trazido como resultado um protagonismo do Poder Judiciário sem precedentes.¹

A ascensão judicial no cenário político não é exclusiva da experiência brasileira.² Encontra-se na doutrina uma análise da questão por distintas

¹ VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. In: SARMENTO, Daniel. (Coord.). *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 484: "Embora o Supremo tenha desempenhado posição relevante nos regimes constitucionais anteriores, com momentos de enorme fertilidade jurisprudencial e proeminência política, como na Primeira República, ou ainda de grande coragem moral, como no início do período militar, não há como comparar a atual proeminência do Tribunal, com sua atuação passada."

² Cf. TATE, Neal; VALLINDER, Torbjörn (Ed.). *The global expansion of judicial power*. London, New York: New York University Press, 1995. Ainda que não exatamente em termos do que comumente se conhece como judicialização da política, a criação ou ampliação de competências de tribunais também é representativa de um fortalecimento da atividade judicial. Vejam-se os exemplos da Suprema Corte do Reino Unido, criada em 2005 e instalada em 2009, separada fisicamente e institucionalmente do Parlamento inglês; da criação da Questão Prioritária de Constitucionalidade na França, em 2008, que consiste em procedimento de controle sucessivo de constitucionalidade de leis por via de exceção; e da lei especial belga de 2003 que estendeu formalmente o campo de competência da Corte de Arbitragem (agora, *Corte Constitucional*) para a proteção de todos os direitos e liberdades fundamentais enunciados no Título II da Constituição da Bélgica.

perspectivas.³ No caso brasileiro, temos trabalhos construídos especificamente sobre estudos de casos.⁴

No presente trabalho, optou-se por caminho diverso. Cuida-se do que aqui se chama atividade política da jurisdição constitucional brasileira. Trata-se de uma compreensão sobre a atividade judicial nos tribunais brasileiros, em particular, sobre a sua dimensão política.⁵ Para construir essa compreensão, foram seguidos passos que implicaram no trabalhar categorias conceituais (originais ou não) capazes de sustentar a hipótese (que a atividade judicial é uma atividade política). Assim, em um primeiro momento (Capítulo 1), são apresentadas duas dimensões da Constituição de 88, que permitem sustentar a noção de atividade política aqui presente. A atividade política judicial é delimitada aqui. Em seguida (Capítulo 2), é feito um esforço no sentido de sustentar um parâmetro de legitimidade para a realização da atividade política judicial, enquanto atividade de interpretação e aplicação de direito, à luz da ideia de constituição presente no trabalho. Na sequência (Capítulos 3 e 4), apresenta-se por quais mediações essa atividade política ocorre, sob a Constituição de 88. Para tanto, primeiramente é feita uma reconstrução dos fundamentos e objetivos do modelo de Estado Democrático de Direito vigente, no intuito de demonstrar que se destinam, em última análise, à realização dos direitos fundamentais, a que se vinculam todos os agentes públicos (Capítulo 3). Depois, são apresentadas

³ Nos Estados Unidos, em particular, onde a legitimidade da revisão judicial de atos políticos vem sendo discutida, pelo menos, desde a decisão do juiz Marshall no caso *Marbury vs. Madison*, a literatura é vasta. A título de exemplo, cite-se Cass Sunstein, que analisa a interferência de aspectos político-partidários na construção de decisões judiciais colegiadas (SUNSTEIN, Cass et alii. *Are judges political? An Empirical Analysis of the Federal Judiciary*. Washington; The Brookings Institution, 2006); Richard Posner, que analisa aspectos psicológicos do juiz, tendo como pano de fundo uma compreensão - pragmatista - do direito (POSNER, Richard. *How Judges Think*. Cambridge, London: harvard university Press, 2008); e Alec Stone Sweet que, embora não restrinja a análise ao modelo estadunidense, observa a atividade política judicial enquanto integrante de um arranjo político mais abrangente, em termos de governabilidade (STONE SWEET, Alec. *Governing with judges*. Constitutional Politics in Europe. New York: Oxford University Press, 2000).

⁴ Cf. VIANNA, Luiz Werneck *et alii*. A judicialização da política e das relações sociais no Brasil. Rio de Janeiro, Revan, 1999; VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremo Tribunal Federal: jurisprudência política*. São Paulo: Malheiros, 2002.

⁵ O que teve início em trabalho anterior: PEREIRA, Ana Lucia Pretto. *A reserva do possível na jurisdição constitucional brasileira*. Dissertação de Mestrado defendida no Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná. Curitiba: 2007.

mediações da dogmática jurídica para a realização dos direitos fundamentais, as quais acabam por permitir o exercício mesmo da dimensão política da atividade judicial (Capítulo 4).

Finalmente (Capítulo 5), e já tendo em mente que a atividade judicial opera-se no cenário constitucional apresentado (Capítulo 1), a partir de exigências políticas (Capítulo 3) atendidas pelo manejo de categorias conceituais trabalhadas pela dogmática (Capítulo 4) com base em uma compreensão de direito (Capítulo 2), apresenta-se como a construção da Constituição realiza-se em distintos vetores, todos no espaço do processo judicial, permitindo, por distintas formas, o atendimento do princípio da autolegislação.

Resumo

A presente tese tem por objetivo sustentar que a jurisdição constitucional brasileira exerce atividade política autorizada pela ordem jurídico-constitucional vigente. Para tanto, o trabalho é dividido em cinco capítulos, como segue: no primeiro capítulo, são apresentadas duas dimensões da Constituição de 88, que permitem sustentar a noção de atividade política presente neste trabalho. No segundo capítulo, é apresentada uma ideia de jurisdição coerente com as exigências de legitimidade da constituição histórica e normativa. No terceiro capítulo, são feitas reflexões sobre os objetivos e os fundamentos do Estado Democrático de Direito brasileiro, concluindo pela vinculação de todos os agentes públicos à realização de direitos fundamentais. No quarto capítulo, são apresentadas categorias da dogmática jurídica que exploram as possibilidades jurídico-constitucionais de realização dos direitos fundamentais, e como essas possibilidades tendem a permitir o exercício de uma atividade política judicial. No quinto e último capítulo, são apresentadas mediações jurídicas que permitem compatibilizar o exercício da atividade política judicial com a exigência jurídico-constitucional de autolegislação.

Abstract

This dissertation aims to sustain that Brazilian judges play a political activity on adjudication, and that this activity happens in accordance to the legal-constitutional system. On this purpose, the dissertation is divided in five chapters: in the first chapter two dimensions of the Brazilian Constitution are presented in order to sustain the concept of political activity herein used. In the second chapter it is presented an idea of adjudication which is intended to be coherent with the exigencies of legitimacy contained in the two dimensions of the constitution as here proposed. In the third chapter the goals and foundations of the Brazilian rule of law are presented in a way which aims to sustain that they are all guided towards the effectiveness of fundamental rights in a binding way to all public agents. In the fourth chapter it is shown the work of scholars in the sense of exploring the legal-constitutional possibilities of effectiveness of fundamental rights, and how these possibilities tend to permit the political dimension of adjudication. In the fifth and last chapter it is presented legal tools which make possible that the political dimension of adjudication be reconciled with the legal-constitutional exigency of self-legislation.

Sumário

Agradecimentos	vi
Apresentação	viii
Resumo	xi
<i>Abstract</i>	xii

I - Constituição

1 Constituição	
1.1 A constituição histórica	1
1.2 A constituição normativa	9
2 Poder constituinte	
2.1 Povo político e povo majoritário	12
2.2 Representação e participação	18
3 Atividade política	
3.1 Atividade política	22
3.2 Atividade política judicial	25

II - Jurisdição

1 Direito	
1.1 Natureza e função	30
1.2 Universalidade	37
1.2.1 Universalidade: generalidade e abstração	37
1.2.2 Universalidade: igualdade	47
2 Jurisdição	51
2.1 Jurisdição não estatal	53
2.2 Jurisdição estatal	55
2.2.1 Instâncias de produção do jurídico	55
2.2.2 Mediações de construção do jurídico	57
2.2.2.1 <i>Subsunção e ponderação</i>	57

2.2.2.2 <i>A tese da derrotabilidade normativa</i>	60
2.2.2.3 <i>Razoabilidade e racionalidade</i>	62

III - Estado democrático de direito

1 Fundamentos	
1.1 Soberania popular e supremacia institucional	64
1.2 Agentes públicos e agentes políticos	69
2 Objetivos	
2.1 Liberdade e desenvolvimento	74
2.2 A constituição como reserva de justiça	79
3 Uma democracia constitucional	85

IV - Direitos fundamentais

1 Filtragem constitucional	
1.1 Horizontalidade	92
1.2 Dimensão objetiva e dimensão subjetiva	99
2.2 Heterovinculação	
2.1 Aplicabilidade imediata e eficácia plena	103
2.2 Garantia e proteção do mínimo existencial	109

V Processo constitucional

1 Preliminar terminológica	115
2 Interinstitucional	
2.1 Revisão judicial de atos normativos	119
2.2 Revisão legislativa de decisões judiciais	124
3 Intrainstitucional	
3.1 Devido processo e duplo grau de jurisdição	128
3.2 Súmula vinculante e repercussão geral	133

4 Instituições e sociedade	
4.1 O processo público	145
4.2 O público e o processo	155
VI - Conclusão	159
VII - Referências bibliográficas	161

I - Constituição

1 A constituição histórica

O que a constituição constitui? A pergunta é fundamental para que se possa compreender o sentido de constituição histórica.

Parte-se aqui do pressuposto de que a constituição constitui uma comunidade política que se reconheça como tal.⁶ Mas, o que é uma comunidade política, e como ela pode se reconhecer enquanto tal?

Também essa pergunta é relevante na construção de sentido da constituição histórica.

Comunidade carrega o sentido de comum, um algo comum, o que, por sua vez, conduz ao radical de *comungar*, que significa partilhar com outros uma ideia ou uma ação a partir de um semelhante juízo de valor. Nesse caminho, *comunidade* expressa agregação sustentada sobre características semelhantes e dirigida a uma (ou várias) finalidade (s) comum (s).⁷ No caso de seres humanos, trata-se de um agrupamento ligado por "um laço espontâneo e subjetivo de identidade".⁸

Vera Karam de Chueiri acentua que, à parte a adjetivação que se acrescente a uma noção de comunidade (política, jurídica, ética, de princípios),

⁶ A assertiva é de Vera Karam de Chueiri. Nota de aula. Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, 2009. A compreensão de constituição, tal qual aqui desenvolvida, é tributária do pensamento de Aristóteles, para quem a identidade da *polis* consiste em sua organização e estrutura, em sua *constituição*. Por isso, a constituição dá forma à *polis*, a qual deixa de existir se a constituição deixa de existir. (ARISTOTLE. *The politics*. Oxford: Oxford University Press, 2009. p. XI.)

⁷ Diverso, pois, é o sentido de *sociedade*. A sociedade é agregativa apenas no que diz respeito ao atingimento de interesses, não se sustenta sobre um laço de identidade comum. Daí que a ideia de sociedade esteja mais próxima de elementos normativos, haja vista a divergência de interesses que precisam ser conciliados. Veja-se a definição trazida por Mazzuoli: "enquanto a comunidade transmite a ideia de *convergência* e de *coesão moral* dos seus membros (com nítidos valores éticos comuns), a sociedade demonstra a ideia de *divergência* entre eles, fazendo primar - neste último caso - a normatização (legislação, tratados, etc.) reguladora de conflitos." (MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 50)

⁸ *Idem*, p. 47.

são os laços, os vínculos que se estabelecem entre seus membros que a caracterizam como tal:

Seja uma comunidade com ou sem adjetivos, algo que lhe é característico é o vínculo ou a afiliação que envolve seus membros, os quais, em um primeiro momento, exigem a adoção ou o uso de uma língua comum. Entretanto, é possível que a comunicação, os vínculos, os laços que se estabelecem em uma comunidade logo lhe atribuam alguma qualidade: moral, cultural, social, política, religiosa etc. e, nesse sentido, toda comunidade é marcada por um traço característico, além da língua.⁹

O sentimento de pertencimento a um grupo expressa característica essencial do sentido de comunidade. Todavia, ainda que esse sentimento de pertencimento não decorra de juízo próprio, ou seja, de uma escolha livre e originária sobre fazer parte deste ou daquele grupo, em termos de constituição de comunidade política essencial é que haja um compartilhamento de (mais ou menos) características afins. Lembra Ataliba Nogueira (ao falar da relação entre *Estado e nação*) que:

A coletividade provinda dos que *nascem* da mesma cêpa, vinculados pelo sangue, língua, usos, costumes, religião, história, sentimentos, tradições e aspirações é a nação, unidade étnica e histórica. [...] Pode até a nação existir sem o estado, desde que se mantenha fiel ao seu fim imediato, que consiste na conservação transmissão e desenvolvimento dos elementos de cultura próprios, em benefício da pessoa humana.¹⁰

Uma comunidade política reconhecer-se como tal significa imprimir em suas práticas o sentido de construção conjunta de um algo maior, de um todo. Uma comunidade se reconhece como tal quando seus membros com ela se identificam, nela encontram reconhecimento e, por tal razão, nela atuam tendo em vista uma *contínua* construção daquela vivência comum.¹¹ "Por que fazemos

⁹ CHUEIRI, Vera Karam de. Comunidade, constitucionalismo e democracia. In: *Humanidades*, Brasília, 57: 103-108, 2010. p. 103.

¹⁰ NOGUEIRA, Ataliba. *O Estado é meio, e não fim*. 3. ed.. São Paulo: Saraiva, 1955. p. 146-147.

¹¹ Para Palombella, a validade de uma constituição depende do que ele chamaria de *apropriação histórica* da constituição: a comunidade se apropria da constituição como um todo que se sente necessidade de reconhecer (sem se prender a originalismos, por exemplo). PALOMBELLA, Gianluigi. *Constitución y soberanía*. El sentido de la democracia constitucional. Granada: Comares, 2000. p. 18.

isso?" "Onde *queremos* chegar com isso?" "Quais os *nossos* objetivos e padrões morais de ação?" As respostas a tais perguntas dão sentido à caminhada de uma comunidade política que assim se reconheça, ou que assim pretenda se reconhecer.

Uma constituição, pois, constitui uma comunidade política que se reconheça como tal e que, por consequência, atua no sentido de harmonizar projetos de vida individuais com objetivos coletivos.

Esta constituição, diária, de uma comunidade política opera-se nos mais variados nichos de atuação humana, seja no âmbito das instituições, seja fora dele. O professor que atua na rede pública municipal de ensino constitui a comunidade política na qual se insere; assim também o médico que opera seu paciente em um hospital particular; o empresário que contrata empregados, e assim por diante. Ao fim e ao cabo, todos atuam sob uma *carta de navegação*,¹² que é a constituição jurídica (ainda que dela discordem e mesmo que dela desviem), na construção de uma constituição política.

A ideia de constituição histórica carrega todos os sentidos de constituição presentes em uma comunidade política historicamente determinada. A constituição econômica, a constituição jurídica, a constituição social, a constituição política. É histórica porque fruto da interação relacional de todas essas "dimensões constitucionais", em uma dada limitação espácio-temporal, aberta ao novo, embora sustentada sobre valores, fundamentos e objetivos característicos da comunidade política que constitui. Disso decorre a ideia de permanência e mudança, um movimento de transformação constante apesar da permanência de elementos fundantes, fundamentais.¹³ Não se trata, pois, de uma

¹² A expressão é atribuída ao jurista argentino Juan Bautista Alberdi.

¹³ Eis um dos papéis da constituição, sob o constitucionalismo contemporâneo: a função de garante de um núcleo de direitos fundamentais em face do que resulte do exercício da soberania. Conforme observa Fioravanti: "Estas são precisamente as duas operações que o constitucionalismo pretende sustentar e propugnar partindo da ideia, que nunca Hobbes e Rousseau haviam podido compartilhar, de que é possível chegar a um poder que seja expressão da soberania, mas que não seja por isso indivisível e ilimitado em si, por sua natureza." (FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución*. De la antigüedad a nuestros días. Madrid: Trotta, 2001. p. 85-86).

constituição estática, parada no tempo, engessada e engessante das gerações futuras.¹⁴ Essa é uma afirmação provocativa das preocupações teóricas em torno da possível *vinculação* de gerações atuais por escolhas operadas pelas gerações passadas.¹⁵ Afora a segurança que um núcleo de direitos e suas respectivas garantias de proteção trazem à comunidade política, é preciso reconhecer que a soberania, *capilarizada na constituição*, autoriza sejam feitas as escolhas por mantê-la ou não.¹⁶

Carlos Santiago Nino vale-se expressamente do termo *constituição histórica*. Em sua tese sobre a constituição de uma democracia deliberativa, Nino estabelece de antemão o objetivo de identificar a dialética entre a constituição real e a constituição ideal, bem assim a dialética entre a constituição dos direitos e a constituição da democracia. Trata-se de um esforço necessário em razão da abertura normativa do texto constitucional.¹⁷

¹⁴ Concorde-se com Palombella, ao afirmar que a solução da *questão intergeracional* não pode ser encontrada no desenho constitucional precedente, sob pena de se cair em uma aporia. A solução estaria no que ele chama de *democracia crítica*: as gerações atuais não se podem colocar frente às decisões das gerações precedentes nem de maneira cética, nem de maneira fiel. O autor entende que imprescindível é dar às gerações futuras a opção de posicionar-se receptivamente ou não em relação às opções passadas, pois democracia e constitucionalismo são absolutamente compatíveis. A tese principal de Palombella é a de que é concebível e natural que os predecessores vinculem comportamentos futuros, pois toda ação humana ocorre dentro de um contexto e dele depende, e o legado jurídico deixado pelas gerações passadas não é pernicioso, mas, por outro lado, permite que o exercício da soberania e dos direitos dê-se a partir de um estágio mais avançado, mais maduro. (PALOMBELLA, *op. cit.*, 61-67)

¹⁵ Sobre o tema, consultar: GARGARELLA, Roberto. Constitución y democracia. In: ALBANESE, Susana *et alii* (Org). *Derecho constitucional*. Buenos Aires: Universidad, 2004. No texto, o autor lembra que a tensão entre democracia e constitucionalismo reside no fato de ambos partirem de princípios opostos: a democracia sugere que não haja limites ao poder soberano dos cidadãos, ao passo que o constitucionalismo, calcado na proteção e garantia dos direitos humanos, impõe restrições às liberdades dos cidadãos. Segundo Gargarella, os defensores do constitucionalismo alegam, basicamente, que as tradições de uma comunidade guardam singular importância e não podem ser constantemente alteradas em razão das sucessivas gerações. Já o argumento democrático afirma que cada geração deveria ter o direito de refazer a sua Constituição com certa periodicidade, conforme fossem mudando as gerações, pois não é defensável que uma comunidade se sujeite ao ditame de normas de cuja elaboração sequer teve oportunidade de participar. Uma conciliação entre constitucionalismo e democracia, segundo o autor, poderia ser encontrada no tratamento de todos com igual respeito e consideração, seja para exercer os direitos representativos da permanência, seja para exercer os direitos representativos de participação na mudança.

¹⁶ Cf. PALOMBELLA, *op. cit.*, p. 68.

¹⁷ NINO, Carlos Santiago. *La constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Editorial Gedisa, 1997.

Nino procura mostrar a importância da constituição histórica para a compreensão do constitucionalismo. Nesse sentido, o autor entende que não se deve considerar a constituição como um “texto duro”, e sim como um conjunto de proposições a serem adotadas. Tratam-se de proposições normativas, envolventes de princípios morais. Para que se convertam tais proposições normativas em premissas de racionalidade justificatória, Nino sugere ao intérprete da constituição a observância dos seguintes critérios: *i) identificar o sentido material jurídico relevante do texto*. Para este fim devem ser escolhidos critérios para interpretar adequadamente as normas; *ii) aplicar os critérios escolhidos no caso específico*. É possível, aqui, o uso de dados empíricos. Nesse momento será descoberta ou a intenção do autor do texto ou a convenção da comunidade na qual a constituição se insere. Sendo o texto constitucional muito vago, esta seria uma tarefa particularmente difícil; *iii) não é possível encontrar a solução recorrendo apenas à intenção do autor do texto ou aos usos correntes da linguagem*. Aqui, Nino acredita ser impossível existirem soluções jurídicas puramente dogmáticas, científicas; necessariamente, deve-se utilizar algum *valor* para solucionar a indeterminação do texto; *iv) ir além do texto e identificar as suas consequências lógicas*. Tal se deve pelo fato de não ser possível solver as abstrações textuais sem recorrer a juízos valorativos; *v) subsunção do caso individual ao âmbito da norma*. Quer esse último critério sintetizar que a constituição histórica deve ser entendida como uma prática, e não como um simples documento.

Continuando, Santiago Nino afirma que a validade da constituição histórica encontra-se em princípios e fundamentos supraconstitucionais, diretamente ligados à prática social. Segundo Nino, a partir do momento em que a constituição reconhece princípios morais, será legitimamente capaz de conferir validade às demais normas do ordenamento jurídico. Afinal, é da *prática social* e do *reconhecimento de princípios morais* em sua essência que a constituição retira sua legitimidade. Alguém poderia afirmar que, considerada desse modo, a constituição histórica seria supérflua, pois as justificativas racionais poderiam ser

extraídas diretamente daqueles princípios morais. Contudo, Nino defende que se deve levar a sério a constituição histórica, na medida em que ela representa a convenção fundamental de um país, não apenas acerca de direitos, mas sobre a divisão de poderes e seus limites. Além disso, a constituição histórica configura um conjunto de condutas e expectativas, fruto de longo amadurecimento histórico.

A constituição, portanto, é passado, presente e futuro; é construção diária por todos os agentes (públicos e políticos, será visto mais adiante) em suas respectivas áreas de atuação. A constituição, no dizer de Häberle, é "processo sem solução de continuidade".¹⁸ Isso significa dizer que a constituição é *prática* e *dinâmica*, resultante de um processo público e aberto de construção de uma comunidade política que se reconheça como tal.¹⁹

Que a constituição seja identificada com uma *prática constituinte* decorre da ideia de que a interpretação da constituição-texto, operada por *técnicos* do direito, é informada *também* pela interpretação de não técnicos, sendo essa interpretação caracterizada não apenas por uma atitude hermenêutica mas, sobretudo, pela *vivência* (experiência) constitucional:

A interpretação constitucional é, em realidade, mais um elemento da sociedade aberta. Todas as potências públicas, participantes materiais do processo social, estão nela envolvidas, sendo ela, a um só tempo, elemento resultante da sociedade aberta e um elemento formador ou constituinte dessa sociedade.

[...]

O conceito de interpretação reclama um esclarecimento que pode ser assim formulado: quem vive a norma acaba por interpretá-la ou pelo menos por co-interpretá-la. [...] Toda atualização da Constituição, por meio da atuação de

¹⁸ Cf. ARAUJO, José Antonio Estévez. *La constitución como proceso y la desobediencia civil*. Madrid: Trotta, 1994. p. 89.

¹⁹ O pacto civil constituinte tem o compromisso constitucional de renovação vital. Por essa razão é que soberania popular e poder constituinte não podem ser compreendidos apenas no sentido de espaço inaugural, mas também de espaço interativo – renovatório – da Constituição. (GONZÁLEZ, José Calvo. De la nostalgia civil: *la soberanía popular*. In: PALOMBELLA, *op. cit.*, p. XVI)

qualquer indivíduo, constitui, ainda que parcialmente, uma interpretação constitucional antecipada.²⁰

Uma constituição aberta, cujo sentido é permanentemente renovável pela atividade interpretativa de uma comunidade ampla de intérpretes, reconhece a importância da inserção histórica do intérprete em seu tempo:

[...] a tarefa da hermenêutica constitucional consiste em desvendar o sentido mais profundo da Constituição pela captação de seu significado interno, da relação de suas partes entre si e, mais latamente, de sua relação com o espírito da época – ou seja, a compreensão histórica de seu conteúdo, sua compreensão gramatical na sua relação com a linguagem e sua compreensão espiritual na sua relação com a visão total da época.²¹

O projeto constitucional de 1988 permite seja desenvolvido sobre a mesma ideia. A constituição histórica é resultado de uma atualização de sentido diária operada por seus intérpretes, estes entendidos como os concernidos em sua construção. Essa construção de sentido, sob a Constituição de 88, ocorre pela prática dos agentes públicos vinculados em seu cumprimento, e também pelos agentes políticos da sociedade como um todo, quando atuam sob direção de suas normas. É importante lembrar, todavia, que a Constituição de 88 tem sua atualização de sentido operada não apenas pela comunidade política a qual integra e constitui. Um cenário de globalização torna praticamente impossível que essa atualização de sentido escape aos efeitos da interação diária entre distintas ordens normativas e forças internacionais.

Assim é que Marcos Augusto Maliska, de uma maneira abrangente e compreensiva, mas tendo como referência a ordem constitucional brasileira, afirma que uma ideia contemporânea de constituição não pode ser descolada da *abertura* das constituições nacionais à comunidade internacional ("abertura para fora") e ao pluralismo presente na própria comunidade interna ("abertura para

²⁰ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional*. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997. p. 13.

²¹ SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 15.

dentro").²² Essa abertura, aponta o autor, é mediação para uma *cooperação* da comunidade política internamente, e dessa mesma comunidade com outras comunidades internacionais. Segundo Maliska, a cooperação operaria em um plano normativo e em um plano material, o que faz parte de um processo que se fortalece na *integração* da ordem constitucional, no plano interno (a construção de uma identidade constitucional) e no plano externo (o encadeamento da ordem constitucional interna com outras instâncias, nacionais e/ou supranacionais). A tese é construída a partir de uma perspectiva que valoriza os vários pluralismos (jurídico, político, social) decorrentes de cenários multiculturais em relação. O resultado é uma necessária renovação – e maior sofisticação – no que diz respeito à compreensão da Constituição de 88 e, em particular, à sua interpretação:

A interpretação constitucional necessita encontrar o equilíbrio, o ponto de articulação que, ao mesmo tempo, possibilite e delimite a produção normativa fruto da cooperação externa. Sob o ponto de vista das relações internas com o pluralismo, a interpretação constitucional necessita desenvolver a capacidade de aprendizagem com o diferente, pois a Constituição não apenas garante o pluralismo, mas ela também se abre para ele. Igualmente, por outro modo, encontrar o limite dessa abertura apresenta-se como uma questão central para a continuidade da ordem constitucional. Quais são os limites do pluralismo?²³

A Constituição histórica de 88 condensa um conjunto de forças em relação.²⁴ O político, o social, o jurídico, o econômico, o cultural, sendo uma das tarefas do jurista captar (ou, construir) as suas relações naquilo que concerne à operatividade do direito (ou, de *um direito válido*). Trata-se de uma relação à maneira daquela que constitui o *espírito das leis*, de cuja "descoberta",

²² Cf. MALISKA, Marcos Augusto. *Fundamentos da Constituição*. Abertura - Cooperação - Integração. Curitiba: Juruá, 2013. p. 15-57.

²³ MALISKA, *op. cit.*, p. 129.

²⁴ "A palavra **relação** parece possuir a magia multissignificativa dos versos metaforicamente poéticos e das categorias infinitamente camaleônicas do direito. Evoca fatos, idéias, velhas ou novas,... histórias. Liga-se a mundos, chama elementos. Como se a soma de seus poucos signos amalgamasse artisticamente tantos conceitos quanto comandássemos. E trazendo guardado em seu seio o surrealismo da historicidade, carregado de lapsos atemporais; tanto que parece resistir heroicamente à noção do tempo, confundindo-a, quando quer, com a ideia de espaço. Tudo como se fosse possível, através da acumulação desenfreada de um arsenal de significações contraditórias, auto-implodir-se para recriar, permanentemente, novas reações." (CLÈVE, Clèmerson Merlin. *O Direito em Relação: ensaios*. Curitiba: Veja, 1983. p. 10.)

justamente na dinâmica política das relações sociais, tanto se orgulhou Montesquieu.

2 A constituição normativa

Uma compreensão histórica da Constituição, tal qual apresentado, poderia levar a mitigar o seu caráter normativo.²⁵ O risco, de fato, existe. Todavia, pode ser reduzido se pressuposto que a comunidade de intérpretes *compreende e reconhece* a constituição como lei suprema e norma fundamental para a condução dos assuntos públicos da comunidade política que se reconheça como tal, atuando nesse sentido.

A constituição como norma carrega a ideia de *parâmetro*. Porque o conteúdo deontico de suas normas obriga a comunidade de intérpretes sob ela constituída, estes têm suas ações naquilo que interessa à esfera política pautada sobre a *norma* (o parâmetro, a moldura) constitucional.

Mas não é só. Uma constituição tem sua legitimidade afirmada e reafirmada na prática constitucional. Na *living constitution*, na constituição vivida. Dessa maneira, porque uma constituição somente será legítima se reconhecida pelos membros da comunidade a qual constitui, tem-se que o conteúdo normativo da Constituição não existe por si só, em si mesmo; é, acima de tudo, fruto do exercício da soberania popular, fundante, fundacional daquela mesma ordem normativa. "Assim *deve ser*, porque *nós queremos* que assim seja".

A Constituição de 88 é fundante de uma ordem jurídica formal. Se uma das funções do direito é promover a composição de conflitos sociais, é na Constituição que se encontram os parâmetros para a identificação das fontes de direito. A Constituição brasileira de 88 reúne os objetivos que devem ser

²⁵ A crítica é encontrada em Canotilho (CANOTILHO, J. J. Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra, 2001. p. 93-100 e 476.).

cumpridos em benefício da comunidade;²⁶ estabelece liberdades individuais cuja proteção é assegurada por um Judiciário fortalecido juridicamente; cria instituições destinadas à formulação de políticas públicas destinadas à realização dos objetivos fixados.

A dogmática constitucional desdobra a ideia de constituição normativa abrindo-a para uma série de outras ideias as quais, igualmente, representam a importância dessa dimensão. Inicialmente, uma constituição como a brasileira de 1988 configura e ordena os poderes de Estado. O poder público, sabe-se, é uno; todavia, a constituição cria instituições públicas para as quais distribui parcelas de poder, que serão úteis ao exercício de funções típicas e atípicas destinadas ao alcance dos objetivos constitucionalmente estabelecidos.

A supremacia normativa constitucional denota a ideia de que uma constituição é lei fundamental e suprema do sistema jurídico. É ela que reúne as disposições limitadoras da conduta dos agentes públicos e também dos particulares, em nível interno, externo e internacional, nela se encontrando direitos e deveres, e também as competências conferidas aos representantes e entes políticos. Todas as normas do ordenamento jurídico nacional somente serão válidas se produzidas conforme à Constituição.

José Afonso da Silva aponta a supremacia constitucional como consequência da *rigidez constitucional*, que significa a maior dificuldade de modificação e alteração da Constituição em relação às demais normas do ordenamento jurídico. Nas palavras do autor:

Significa que a Constituição se coloca no vértice do sistema jurídico do país, a que confere validade, e que todos os poderes estatais são legítimos na medida em que ela os reconheça e na proporção por ela distribuídos. É, enfim, a lei suprema do Estado, pois é nela que se encontram a própria estrutura deste e a organização de seus órgãos; é nela que se acham as *normas fundamentais* de Estado, e só nisso se notará sua superioridade em relação às demais normas jurídicas.²⁷

²⁶ ENTERRÍA, Eduardo García de. *La constitución como norma y el tribunal constitucional*. 4. ed. Cizur Menor: Civitas/Thomson Reuters, 2006. p. 55.

²⁷ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 45.

A Constituição não oferece conselhos ou sugestões, mas impõe ordens e mandamentos que são vinculantes aos seus destinatários. A eficácia jurídica de todas as normas constitucionais vem sendo sustentada pela doutrina brasileira desde longa data.²⁸ Nesse sentido, aponte-se a definição de Luis Roberto Barroso:

Uma vez investida na condição de norma jurídica, a norma constitucional passou a desfrutar dos atributos essenciais do gênero, dentre os quais a *imperatividade*. Não é próprio de uma norma jurídica sugerir, recomendar, aconselhar, alvitrar. Normas jurídicas e, *ipso facto*, normas constitucionais contêm comandos, mandamentos, ordens, dotados de força jurídica e não apenas moral. Logo, sua inobservância há de deflagrar um mecanismo próprio de coação, de cumprimento forçado, apto a garantir-lhes a imperatividade, inclusive pelo estabelecimento das consequências da insubmissão.²⁹

Outra perspectiva relacionada à supremacia normativa da Constituição perpassa a dimensão objetiva dos direitos fundamentais.³⁰ A dimensão objetiva, pontua Clèmerson Clève, “compreende o dever de respeito e compromisso dos poderes constituídos com os direitos fundamentais (vinculação).”³¹ Significa que os poderes constituídos devem agir dirigidos à máxima efetividade desses direitos.³² Esta dimensão objetiva dos direitos fundamentais vincula também o Poder Judiciário, o que implica no exercício de uma *filtragem constitucional*,

²⁸ Este movimento do constitucionalismo brasileiro teve início com os estudos de Ruy Barbosa sobre as normas auto-aplicáveis e não auto-aplicáveis (*self executing* e *non self executing*), de inspiração norte-americana, e atingiu maiores desenvolvimentos com o *Aplicabilidade das normas constitucionais*, de José Afonso da Silva. Esta construção doutrinária firmou o terreno para que, pré-constituente de 88, o constitucionalismo brasileiro passasse a dar atenção à *efetividade* da Constituição. Trata-se do movimento cunhado como *doutrina da efetividade*, então advogado no Brasil, substancialmente, por Clèmerson Merlin Clève e Luis Roberto Barroso (Cf. SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: SARMENTO, Daniel (Coord.). *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 125). Cláudio Pereira de Souza Neto propõe a expressão *constitucionalismo brasileiro da efetividade*, para o mesmo movimento. (Fundamentação e Normatividade dos Direitos Fundamentais: Uma Reconstrução Teórica à Luz do Princípio Democrático. In: *A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 288 e 291 e ss.)

²⁹ BARROSO, Luis Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. Limites e possibilidades da Constituição brasileira. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 298.

³⁰ O tema será trabalhado novamente no Capítulo 4, *infra*.

³¹ CLÈVE, Clèmerson Merlin. A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais. In: *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, ano 14, n. 54, jan-mar/2006. São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 33.

³² *Idem, ibidem*.

caracterizando a “releitura de todo o direito infraconstitucional à luz dos preceitos constitucionais, designadamente dos direitos, princípios e objetivos fundamentais.”³³ A dimensão objetiva vincula, ainda, os particulares, por meio da incidência das normas de direitos fundamentais no campo das relações privadas.

34

Falou-se em *força vinculante*. Desde há muito a doutrina sustenta que as normas constitucionais não são conselhos, avisos ou lições, simplesmente, dirigidos aos agentes públicos e políticos. De fato, a distribuição de competências (legislativas, administrativas, judiciais, governativas) prevista na Constituição de 88 configura, propriamente, uma *divisão de tarefas*,³⁵ feixes de competências que atribuem ao agente público poderes para o exercício de suas funções com o fim de único de realizar o programa constitucional como um todo.

Conforme antes mencionado, uma constituição normativa justifica-se sobre o exercício *legítimo* de um poder constituinte.³⁶ Para que desse poder constituinte resulte efetiva *participação* da comunidade aberta de intérpretes na construção (constituição) de uma comunidade política, é necessário que sejam feitos alguns desdobramentos no que diz respeito aos canais pelos quais se possa operar essa participação.

2 Poder constituinte

2.1 Povo político e povo majoritário

Entendida a Constituição como processo público e aberto de construção de uma comunidade política, necessário repensar a categoria *povo*. O povo compreendido de maneira unitária é *resultado* da prática constituinte, e não *ponto*

³³ *Idem, ibidem*.

³⁴ *Idem, ibidem*. É a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, sobre a qual falaremos mais adiante.

³⁵ A expressão é tributária do pensamento de Kelsen, quando o autor fala do Estado como *sujeito agente*, o que depende da atribuição de autoridade e função a um indivíduo (agentes estatais) pela ordem jurídica. Cf. KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 322-331.

³⁶ É a “supralegalidade material” a que refere, também, García de Enterría.

de partida: "Häberle defende uma visão de democracia que não se baseia na vontade soberana do povo entendido como um todo, senão que vê a essência da democracia na possibilidade da minoria converter-se em maioria." ³⁷ Trata-se de compreender os pluralismos de uma comunidade aberta – e inclusiva – de intérpretes:

Povo enquanto uma dimensão determinada (*verfasste Grösse*) atua, universalmente, em diferentes níveis, por diferentes razões e em diferentes formas, especialmente mediante a cotidiana realização de direitos fundamentais. Não se deve esquecer que democracia é formada pela associação de cidadãos. Democracia é o 'domínio do cidadão' (*Herrschaft des Bürgers*), não do Povo, no sentido de Rousseau. Não haverá retorno a Rousseau. A democracia do cidadão é mais realista que a democracia popular. ³⁸

Essa afirmação nos leva a distinguir *povo político* de *povo majoritário*. *Povo político* e *povo majoritário* representam dois conjuntos dentro de uma mesma comunidade política. O *povo majoritário* representa uma parcialidade do *povo político*, mais abrangente.

Antes, porém, de discorrer sobre os conceitos de *povo político* e *povo majoritário*, é importante fazer algumas observações a respeito de poder constituinte.

O poder constituinte, como o próprio nome diz, não *foi*; é um constante vir a ser. Assim não fosse, seria poder *constituído*, o que não *é*. Chamam-se *poderes constituídos* os agentes públicos investidos de parcela de poder público a eles atribuída (juridicamente) para realizarem as suas funções, as suas tarefas. Porque constituinte, esse poder originário representa potência de construção e transformação da comunidade política que se reconheça como tal. O poder político de que são investidos todos os integrantes de uma comunidade política que se reconheça como tal é que gera a capacidade, a potência transformadora, característica do poder constituinte.

³⁷ ARAUJO, *op. cit.*, p. 86.

³⁸ HÄBERLE, *op.cit.*, p. 38.

Que o povo seja *constituente* da sua própria Constituição, em uma prática diária de reconhecimento, é expressão direta do verdadeiro sentido de *soberania popular*. Nesse respeito, para José Calvo González a soberania seria um *compromisso reconstituente*: não se trata apenas de uma *eleição* em um sentido individualizado (opção individual, distinta dos demais, ainda que com os outros comungue de um mesmo propósito). Consiste, antes, em um *compromisso*, que é intersubjetivo, apagando as diferenças: “Esse lugar de encontro e reunião, o compromisso constitucional, tem como ponto de partida a paixão política cidadã ineludível a uma noção de democracia como conflito, mas certamente não desregulamentado, senão instrumental e argumentativamente regrado.”³⁹

Com base em Mortati, Palombella explica que o povo enquanto titular do poder constituinte é formado por uma estrutura e distribuição de interesses de uma comunidade qualificada, e que tem objetivos. Por essa razão, o poder constituinte consubstanciado na constituição não é apenas um aglomerado de interesses distintos, uma mera carta de direitos; contém, também, *projetos de construção de uma ordem comum*, opções políticas orientadas pelos interesses daquela comunidade. Assim, quando se fala em poder constituinte, não se fala em um plano meramente *descritivo*, quando, aí sim, ele poderia ser considerado acabado, esgotado: fala-se em um plano *prescritivo*.⁴⁰

O reconhecimento da comunidade política em sua constituição é essencial a uma ideia de poder constituinte fundada no princípio da autolegislação. Nesse caminho, para Palombella, uma hipótese de poder constituinte estaria intrinsecamente ligada a uma concepção de constituição, ao mesmo tempo em que conectada, também, a um necessário reconhecimento popular daquela constituição. E isso em razão de dois vetores distintos, porém conexos: o primeiro vetor seria que a constituição pode ela mesma ser garante do exercício daquele poder constituinte. E o segundo vetor seria que, se pretendemos nos reconhecer dentro de um sistema jurídico orientado por princípios democráticos,

³⁹ GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. XXII.

⁴⁰ PALOMBELLA, *op. cit.*, p. 29-32.

não há como, coerentemente, defender a validade e a eficácia de constituições sem uma necessária ligação com o princípio de reconhecimento popular.⁴¹

Daí que Palombella formule a sua hipótese de poder constituinte enquanto continente de dois núcleos: um político e outro jurídico, sustentados pelo princípio da autolegislação.

A construção da ideia de poder constituinte enquanto continente de dois núcleos é necessária, segundo Palombella, porque a validade e a eficácia das constituições não pode decorrer apenas de ações de força, golpes de Estado, ou de mudanças de fato pela obra de poucos. Isso seria contingente e arbitrário nas sociedades pretensamente democráticas porque, na concepção de Palombella, “as constituições nascem juridicamente quando reconhecidas.” Uma ordem jurídica somente pode ser assim considerada mediante o reconhecimento da sua comunidade de destino e, para Palombella, esse reconhecimento somente pode ser legítimo se os sujeitos dessa comunidade puderem *contribuir* em sua constituição. Isso traduz o significado jurídico e político de uma constituição: a constituição é texto de onde se extraem princípios jurídicos, mas é também o reconhecimento político daquele texto, sem o que ela deixaria de ter validade.⁴²

Por isso, Palombella defende que a hipótese de poder constituinte seja considerada, além de categoria política, uma *categoria jurídica*. É categoria jurídica porque extrai seu fundamento de validade também da constituição. Realmente, fosse apenas uma categoria estritamente política, qualquer fato de tomada de poder para a instauração de uma nova ordem constitucional poderia ser considerado como expressão de poder *constituente*. E essa categoria jurídica é o ordenamento constitucional, em particular, determinadas garantias fundamentais ao exercício democrático.⁴³

⁴¹ PALOMBELLA, *op. cit.*, p. 33-42.

⁴² *Idem, ibidem*.

⁴³ Como se percebe, o autor não vê o poder constituinte como separado da constituição, como um meio para a realização de um fim. Ou seja, uma vez realizado o produto final - a constituição - estaria esgotado o meio, que foi o poder constituinte. Daí alguns defenderem ser inconciliável a convivência entre poder constituinte e constituição. Isso seria uma relação

Em síntese, a ideia de poder constituinte, para Palombella, congrega os núcleos político e jurídico, os quais, transpassados pelo princípio da autolegislação, dão o sentido de soberania na constituição: o povo é soberano para decidir o que reconhece como jurídico ou não.⁴⁴

Nesse caminho, a legitimidade de uma ordem constitucional cobra um *repensar* o exercício desse poder constituinte em termos estritamente majoritários (ou, representativos). As categorias de povo político e povo majoritário, tal qual aqui formuladas, são uma tentativa nesse sentido.

A distinção entre povo político e povo majoritário propõe-se a repensar a tomada de decisões públicas em termos majoritários.⁴⁵ De fato, sendo interessante que uma constituição (ou *prática constituinte*) afirme-se legítima, é importante verificar se está havendo o atendimento do princípio da autolegislação, isto é, se os concernidos puderam participar das decisões políticas com efetividade.⁴⁶ Isso conduz ao repensar de categorias como representação e participação, o que será feito no tópico a seguir. Por ora, interessa desdobrar os conceitos de *povo político* e *povo majoritário*.

Povo político representa o agrupamento de indivíduos dotados de poder político. Há, aqui, uma totalidade de titulares de poder político, e não uma

negativa entre os dois. Mas o autor vê entre constituição e poder constituinte uma relação *positiva*. Positiva porque, em termos genéricos, o jurídico acaba viabilizando o político. É que há garantias constitucionais que, ao mesmo tempo em que poderiam ser modificadas em virtude do reconhecimento do princípio democrático, por opção dos sujeitos exercentes desse mesmo princípio democrático não o são, para que ele possa continuar a ser exercido. As garantias democráticas de exercício de poder devem remeter à intangibilidade de determinados direitos. Essas garantias seriam a) o procedimento organizativo que regulamenta a manifestação de vontade; b) as regras de livre manifestação de pensamento; c) as regras de debate em igualdade de condições; d) as regras de equivalência entre os votantes (um homem, um voto). Sendo o poder constituinte expressado através do exercício da democracia, e, estando esse exercício da democracia dependente daquelas garantias constitucionais, o poder constituinte existe sempre, não se esgota, está impregnado na constituição, e daí a relação simbiótica entre constitucionalismo e democracia. (PALOMBELLA, *op. cit.*, p. 44-49)

⁴⁴ *Idem*, p. 49.

⁴⁵ Ainda que conjugado com um critério de proporcionalidade, como ocorre no sistema eleitoral brasileiro.

⁴⁶ Sem esquecer que a própria autolegislação é um limite à democracia, quando seu exercício conduz à construção de *garantias* ou *limites*. Essa é a razão que leva Palombella a concluir que constitucionalismo e democracia são duas faces de uma mesma moeda. Cf. PALOMBELLA, *op. cit.*, p. 9-11.

parcialidade (como ocorre com o *povo majoritário*, por exemplo). Esses indivíduos, unidos por um laço subjetivo de identidade cultural, religiosa, linguística, formalizada ou não objetivamente (como é o caso da formalidade jurídica de *nacionalidade*, por exemplo), conformam um agrupamento de indivíduos os quais, porque titulares originários de poder político, têm legitimidade para exercer seu poder de constituição da comunidade política na qual se inserem. A *titularidade* desse poder de constituição (ou, poder constituinte) pertence aos membros dessa comunidade política considerados tanto individualmente, como coletivamente. O *exercício* desse poder, portanto, também será operado dessas duas formas. A prática constitucional, somada ao modelo institucional fruto dessa mesma prática (porque a constituição é uma construção diária), definirá o modo de acesso dos indivíduos (agentes políticos) à tomada de decisões públicas.

Povo majoritário, como antes observado, portanto, remete a uma parcialidade do *povo político*. Trata-se, o elemento majoritário, de critério tributário de modelos políticos baseados no princípio da maioria para a tomada de decisões públicas. De fato, o critério destina-se a imprimir uma *racionalidade* (a racionalidade da maioria, da decisão majoritária) no processo de tomada de decisões.

O critério majoritário, todavia, impede a participação efetiva de *todos* os concernidos na tomada de decisões públicas. Se admitido que *i)* todos os indivíduos, em uma comunidade política, possuem poder político (ou, potência constituinte) para a tomada de decisões as quais produzirão reflexos em suas esferas privadas (ou, para a construção da comunidade política que constituem), e *ii)* a tomada de decisões públicas cobra o atendimento do critério da autolegislação para que possam ser legítimas, questiona-se: *como conciliar a racionalidade majoritária com a legitimidade de decisões públicas?*⁴⁷

⁴⁷ Surge, aqui, a importância das teorias deliberativas de democracia, enquanto reforço de legitimidade do critério majoritário na tomada de decisões públicas. Tal se deve pelo fato das teorias democrático-deliberativas postularem uma discussão mais robusta e sofisticada sobre os

Todo o desenho institucional criado com a Constituição brasileira de 1988 tem em mira os seguintes objetivos: construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização; reduzir as desigualdades sociais e regionais; promover o bem de todos, indistintamente. São objetivos que ambicionam, em última análise, o desenvolvimento nacional em coordenação com o bem de *todos*, sem exceções. Como alcançar tais objetivos, e fazer cumprir o *projeto* constitucional para todos, com base, apenas, no critério majoritário?

A legitimidade de decisões públicas e, por consequência, o *reconhecimento* dos indivíduos *nessas mesmas decisões públicas* que constituem a comunidade na qual se inserem e constituem, será mais ou menos robusto quanto maior ou menor for a participação dos concernidos na tomada de decisões.

Uma ideia chave, pois, para o fortalecimento da legitimidade, também em termos de exercício de soberania popular, é *inclusão*.⁴⁸

2.2 Representação e participação

Antes que se possa falar sobre as formas de participação do povo soberano na tomada de decisões públicas, sob a Constituição brasileira de 88, é importante tecer algumas considerações acerca da ideia de legitimidade adotada neste trabalho.

temas debatidos na esfera pública. Sobre o tema, conferir: NINO, *op. cit.*; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Teoria Constitucional e Democracia Deliberativa*. Um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

⁴⁸ Daí que, nos anos que sucederam à promulgação da Constituição brasileira de 1988, o governo federal tenha promovido importantes políticas públicas de inclusão social a curto prazo. É o caso, por exemplo, da implantação do programa de transferência direta de renda a famílias em situação de pobreza e de extrema pobreza, em todo o país (hoje chamado Bolsa Família), e do programa de cotas sociais (nas quais se incluem as cotas raciais) nas universidades federais e institutos federais de educação, ciência e tecnologia (Lei federal n.º 12.711/2012). Embora ambos os programas sejam, em alguns aspectos, criticáveis, têm o mérito de permitir a grupos subrepresentados o acesso a melhores condições de vida e inserção social em menor espaço de tempo do que se utilizadas as vias ordinárias.

A legitimidade é critério de aferição de idoneidade dos instrumentos utilizados para o alcance do ideal democrático (*governo do povo, pelo povo e para o povo*). Pode ser desdobrada em uma dimensão procedimental e em uma dimensão substantiva.

A legitimidade enquanto *valoração consensual de uma fonte de comando* encontra correspondência em uma dimensão procedimental.⁴⁹ Tem-se aqui em mente a valoração consensual em termos *numéricos*. Daí que decisões políticas sustentadas sobre o critério majoritário tenham sua legitimidade reforçada, pois entendida, objetivamente, como decisão de uma maioria de concernidos.

Todavia, que a legitimidade seja aferida em termos de maioria, apenas, não é suficiente. Aqui vale a observação de Estévez Araujo, segundo a qual "[...] os procedimentos serão legítimos se lograrem o objetivo de facilitar as alternativas: o problema é, na feliz expressão de Häberle, a legitimação *do* procedimento e não a legitimação *através* do procedimento."⁵⁰ É necessário, portanto, que essa maioria seja *qualificada*, no sentido de seus integrantes serem capazes de compreender com clareza as circunstâncias da tomada de decisão, e fazê-lo com liberdade e autonomia.⁵¹ Daí que se acrescente à dimensão procedimental de legitimidade uma dimensão substantiva, correspondente ao juízo de valoração *positivo* sobre as opções de decidir. As nuances acrescentadas ao critério da legitimidade por força da dimensão substantiva denunciam uma fraqueza do elemento majoritário como principal mecanismo de exercício democrático.

⁴⁹ A ideia de valoração consensual é encontrada em: BOBBIO, Norberto. Legitimità [verbete]. In BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dizionario di politica*. Milano: TEA, 1991.

⁵⁰ ARAUJO, *op. cit.*, p. 87.

⁵¹ BOBBIO, *op. cit.*. Nesse respeito, Arthur Nagel pontua: "A igualdade real, para efeito de caracterização da verdadeira democracia, é aquela em que cada indivíduo possui a capacidade intelectual e o refinamento crítico para refletir sobre a sua condição, interpretar os fatos e ideias e decidir com suporte em sua racionalidade." (NAGEL, Arthur. *A máxima efetividade dos direitos fundamentais sociais como filtro de legitimidade dos atos políticos dos agentes públicos não eleitos*. Mimeografado gentilmente cedido à autora)

De fato, tomada a legitimidade nesses termos tem-se que uma decisão majoritária poderá ser *mais ou menos legítima*, gradualmente, a depender do grau de liberdade e autonomia da vontade daqueles que dela participam (seja diretamente, seja indiretamente). Da mesma maneira, uma decisão não majoritária poderá ter sua legitimidade aferida gradualmente, daí não por força do elemento numérico, mas sim pelo grau de liberdade e autonomia daqueles que participam de sua constituição.

Percebe-se que uma decisão política robusta em seu mais elevado grau é aquela que conjuga com a maior inteireza possível ambas as dimensões de legitimidade, procedimental e substantiva. Afinal, tal decisão política será constituída não apenas pela participação de mais concernidos; esses concernidos são livres e autônomos para melhor exercício do seu poder político.

Ao longo da história, o critério da legitimidade agregou em seu sentido a ideia de *consentimento*.⁵² Em um sistema democrático, o consentimento conduz ao princípio do *auto-governo* como elemento essencial na tomada de decisões públicas. Em uma democracia onde o povo é soberano, como é o caso da Constituição brasileira de 1988, o princípio do auto-governo é expresso na *soberania popular*, o que quer significar ter o povo liberdade para decidir com originalidade acerca da condução dos assuntos públicos.

Assim, em um nível elementar, é legítimo o ato público que atenda ao critério do auto-governo pelo povo soberano (livre e autônomo).

Há distintos modos de exercício do auto-governo, com legitimidade, pelo povo soberano.

Um deles é a representação.⁵³ A figura da representação originária, das relações privadas, transportada para a arena política guarda algumas dificuldades,

⁵² Houve um tempo em que a legitimidade não tinha como referente o consentimento, ou autolegislação, mas sim outros fundamentos, como o poder divino, por exemplo. *Idem, ibidem*.

⁵³ Sobre o tema, consultar: LAVALLE, Adrián Gurza; ARAUJO, Cicero. O futuro da representação: nota introdutória. In: *Lua Nova ("O futuro da representação")*, São Paulo, 67: 9-13, 2006; LAVALLE, Adrián Gurza; HOUTZAGER, Peter P.; CASTELLO, Graziela. Democracia, pluralização e representação da sociedade civil. In: *Lua Nova ("O futuro da representação")*, São Paulo, 67: 49-103, 2006; YOUNG, Iris Marion. O que torna a representação democrática. In: *Lua Nova ("O futuro da representação")*, São Paulo, 67: 139-

principalmente por não se tratar aqui de um contrato de direito privado. A representação no direito privado trabalha sob uma lógica de *partes*, ao passo que a representação na esfera pública trabalha sob uma lógica de *todo*.⁵⁴ Isso provoca diferenças em dois planos: um, na relação representado-representante, em termos de vinculação, responsabilidade, exigibilidade de condutas e, mais importante, controle; e outro, na relação inter-representantes e inter-representados, pois na esfera pública o representante não age (pela natureza e modo de exercício do mandato) tendo em vista o interesse único e exclusivo do seu grupo específico de representados.⁵⁵

A Constituição brasileira de 88 prevê como técnicas de exercício da soberania popular o referendo, o plebiscito e a iniciativa popular (art. 14). É preciso observar que essas técnicas, todavia, viabilizam a participação popular no *processo legislativo*, apenas, de construção do jurídico.

O jurídico, todavia, não se circunscreve às leis; assim como tampouco a Constituição de 88 circunscreve-se à carta política que rege os assuntos de interesse público da nação.

A participação dos concernidos nas decisões políticas robustece a sua legitimidade. Nada justifica que essa participação deva ser restrita, necessariamente, à representação. Afinal, se de poder político são titulares todos os concernidos, necessário é que se lhes assegure o direito de participar na construção de decisões públicas, ainda que tal participação seja mediada por ferramentas jurídicas de racionalização.

Daí que em outras instâncias de produção de decisões políticas, em outros espaços de construção de decisões de interesse público, tenha-se trabalhado pela maior participação dos concernidos. A experiência de orçamentos participativos,

190, 2006; MENDONÇA, Ricardo Fabrino. Representation and Deliberation in Civil Society. In: *Brazilian Political Science Review*. 2 (2): 117-137, 2008.

⁵⁴ LAVALLE; HOUTZAGER; CASTELLO, *op. cit.*.

⁵⁵ As dimensões do público e do coletivo presentes na representação política dificultam a vinculação do representante aos interesses daqueles que o elegeram. De fato, na esfera política, interesses privados de representados sofrem restrições involuntárias em virtude da existência de outros interesses igualmente relevantes.

no âmbito da administração pública, das audiências públicas e dos *amigos da corte* (*amici curiae*), no âmbito do Poder Judiciário, são exemplos.

Essas técnicas expressam mecanismos de participação formal no processo de construção de decisões públicas. Sendo a soberania popular um postulado que informa a comunidade guiada pela Constituição brasileira de 1988, e, desde logo, critério essencial para tomada de *todas* as decisões públicas, impõe-se entendê-la sempre em expansão, sobretudo como uma ideia subjacente à ação de agentes públicos e políticos.⁵⁶ Eis a razão pela qual a soberania popular é *fundamento*, *fundante* do Estado Democrático de Direito brasileiro. Sem fundar-se na soberania popular, não há Estado Democrático de Direito, no Brasil.

3 Atividade política

3.1 Atividade política

A atividade política é concebida no presente estudo em seu sentido radical de participação cooperativa dos concernidos no processo público de construção de restrições à sua liberdade política.^{57,58} Tal participação opera-se por todos os concernidos, enquanto agentes políticos, e/ou pelos agentes políticos que atuam de maneira institucionalizada para o atingimento de fins também

⁵⁶ A distinção será feita no Capítulo 4, *infra*.

⁵⁷ É uma ideia de política que se sustenta, portanto, sobre a soberania *popular*.

⁵⁸ Nesse sentido, o poder político pode ser exercitado individualmente ou coletivamente. Diverso, pois, é o sentido de poder político em Locke, para quem o poder político difere do poder do homem no estado de natureza no sentido de que, nesse estado de natureza, o homem tem o direito de agir onde seus governantes não possam ou, por acordo, não devam interferir. O poder político é especial no sentido de que é coletivo, não podendo ser atributo de um único homem ou família. É o poder exercido na comunidade e pela comunidade. Por essa razão, afirma o autor, é que esse poder político tem origem no acordo, e consenso mútuo entre aqueles que formam a *commonwealth*. Para Locke, poder político, portanto, é o poder que todo homem, possuindo-o no estado de natureza, entregou nas mãos da sociedade, e assim, aos seus governantes, para ser empregado em busca do bem e preservação da propriedade. (LOCKE, John. *Two Treatises of Government*. Student edition. Cambridge: Cambridge University Press, 1988. p. 268)

institucionalizados, quais sejam os agentes públicos.⁵⁹ Quando institucionalizada, essa atividade pode chegar ao nível de *governabilidade*.

Ainda neste nível (da *governabilidade*), não se confunde a *política* (no gênero feminino) com *decisão*, como quer Schmitt. Segundo o autor, o *político* está latente em todos os sujeitos, é verdade, irrompendo numa situação de conflito, quando então o sujeito exercerá a política para decidir aquele conflito. A *política*, por outro lado, é uma atividade de competência do Governo e do Parlamento. E, se em Schmitt o político é definido pela relação tensional amigo/inimigo,⁶⁰ aquele que divisará quem é o amigo e quem é inimigo público da nação na circunstância histórica em que falava Schmitt somente poderia ser o Chefe do Poder Executivo, competente para decidir nesse respeito. Daí que "Definido a partir da relação amigo-inimigo, o político não requer discussão, mas decisão."⁶¹

Para Schmitt, a decisão do Chefe do Reich era buscada para conferir unidade política ao sistema.⁶² Assim, vozes dissonantes não eram habilitadas a interferir na posição final do Chefe do Poder Executivo. A homogeneidade postulada pelo autor alemão, de fato, implicava *animus* de superação de uma visão liberal do pluralismo social. Embora o Estado neutro admitisse a expressão de convicções filosóficas e religiosas contrárias à política estatal, esta neutralidade poderia se dar num Estado político se reconhecesse como inimigo todo aquele que se opusesse a essa espécie de neutralidade espiritual.⁶³

⁵⁹ A distinção entre *agentes públicos* e *agentes políticos* será feita no Capítulo 3, *infra*.

⁶⁰ "A diferenciação amigo e inimigo tem o sentido de designar o grau de intensidade extrema de uma ligação ou separação, de uma associação ou dissociação; ela pode, retórica ou praticamente, subsistir, sem a necessidade do emprego simultâneo das distinções morais, estéticas, econômicas, ou outras." Por isso é que o inimigo, para fins de determinação do político, tem o sentido de um agrupamento, de um conjunto de indivíduos que se contrapõe a um conjunto semelhante, em um sentido público. (SCHMITT, Carl. *O conceito do político*. Petrópolis: Vozes, 1992. p. 52).

⁶¹ CHUEIRI, Vera Karam de. Nas Trilhas de Carl Schmitt (ou nas Teias de Kafka): Soberania, Poder Constituinte e Democracia Radical. In: FONSECA, Ricardo Marcelo (Org.). *Repensando a Teoria do Estado*. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 358.

⁶² A unidade política é fundamental para se tomar posição acerca de quem é amigo ou inimigo da nação. Cf. SCHMITT, *O conceito...*, p. 63-65.

⁶³ SCHMITT, Carl. *La defensa de la Constitución*. 2. ed. Madrid: Tecnos, 1998. p. 183.

É possível afirmar que a igualdade material (homogeneidade) entre os sujeitos, tal qual postulada por Schmitt, não se concilia com um imperativo de igual respeito e consideração pela diferença, sobretudo tendo em vista a potencialidade de eliminação *física* do inimigo. Daí que o conceito de político (e, em conjunto, de *política*) seja mais bem elaborado quando incorpora a diferença, o dissenso, porque em correspondência com o pluralismo e o respeito aos direitos fundamentais, tal qual experimentado na contemporaneidade, particularmente após o período entre as duas grandes guerras.

Nesse caminho, uma compreensão *radical* de política (tratando-se de *agentes políticos*, no sentido aqui construído), que incorpora a diferença e valoriza o dissenso, encontra eco no pensamento de Chantal Mouffe e Hannah Arendt, por exemplo. O "regresso do político", para Mouffe, começa com o resgate de categorias como comunidade, cidadania e pluralismo. Para a autora, essencialmente, o político remete à vida em sociedade e ao antagonismo decorrente do pluralismo de ideias, de concepções de bem, com respeito ao modo de vida dos demais sujeitos. Por essa razão, afirma a autora que:

Uma filosofia política moderna deveria articular os valores políticos, os valores que podem ser realizados através da acção coletiva e da filiação comum numa associação política. A sua matéria é a ética do político, que deveria ser distinta da moral.⁶⁴

O sentido de alteridade presente no pensamento de Mouffe leva a sua concepção de democracia à radicalidade. Daí que, em sua visão, a democracia não seja uma realidade presente, mas sim um estado permanentemente a alcançar, pois não faz sentido haver decisão final em um ambiente onde convivem diferentes concepções de bem e de justo.⁶⁵

A tese de Mouffe mostra preocupações contemporâneas da teoria política, no sentido de filtrá-la com teorias democráticas que resgatem a atuação dos sujeitos em suas comunidades, com igual respeito e consideração pelos demais.⁶⁶

⁶⁴ MOUFFE, Chantal. *O regresso do político*. Lisboa: Gradiva, 1996. p. 80.

⁶⁵ "Longe de ser o resultado necessário de uma evolução moral da humanidade, a democracia é algo de incerto e improvável e nunca deve ser tida como garantida." (*O regresso...*, p. 17.)

⁶⁶ Por isso é que, em outra passagem, a autora pontua que "A principal questão da política democrática, portanto, não é como eliminar o poder, mas como constituir formas de poder que

Acreditar no engajamento dos sujeitos em sua comunidade, como capazes de exercer um papel transformador, fez Hannah Arendt conceber que "*zoon politikon* é a pessoa que se engaja seriamente e com responsabilidade nas questões públicas sob os auspícios das instituições públicas."⁶⁷ Para Mouffe, o reconhecimento da diferença impede que se chegue a um ponto final, universal, acerca do que seja moralmente válido. Assim é que "Uma concepção moderna de cidadania deve respeitar o pluralismo e a liberdade individual; devemos resistir a qualquer tentativa de reintroduzir uma comunidade moral, de regressar a uma *universitas*."⁶⁸

3.2 Atividade política judicial

O que neste estudo é entendido como atividade política judicial carrega em seu sentido as formulações anteriormente apresentadas. Parte-se do pressuposto de que o atuar político é comum a todos aqueles que se envolvam na discussão de assuntos de interesse público, deles participando com poder de decisão. Com Kelsen, pode-se dizer que, ainda que se adote a definição de política como "decisão" orientada à solução de interesses, então "em toda decisão judicial está presente, em maior ou menor medida, um elemento de decisão, um elemento de exercício de poder." Por essa razão é que, no entender do autor, "Entre o caráter político da legislação e o da jurisdição há apenas uma diferença quantitativa, e não qualitativa."⁶⁹

sejam compatíveis com valores democráticos." MOUFFE, Chantal. *Democracy, Power, and the "Political"*. In: BENHABIB, Seyla (Org.). *Democracy and Difference*. Contesting de boundaries of the political. Princeton: Princeton University Press, 1996. p. 248.

⁶⁷ Cf. WALDRON, Jeremy. Arendt's constitutional politics. In: VILLA, Dana (Org.). *The Cambridge Companion to Hannah Arendt*. Reprinted. New York: Cambridge University Press, 2002. p. 202. E, também, a possibilidade de uma comunidade dar-se para si, legitimamente, uma constituição, como expressão não da limitação do poder, mas sim do seu estabelecimento, criando um novo governo. ARENDT, Hannah. *On revolution*. New York: Penguin Books, 2006. p. 132-145.

⁶⁸ MOUFFE, *O regresso...*, p. 80.

⁶⁹ KELSEN, Hans. *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?* Madrid: Editorial Tecnos, 1995. p. 18-19.

A atividade política judicial é uma mão de duas vias. Conforme pontua Alec Stone Sweet, há atividade política quando indivíduos procuram o judiciário para discutir questões políticas (*input*), assim como há atividade política quando o judiciário "usa a oportunidade dada pelo litígio para fazer políticas" (*output*).⁷⁰ Pode-se dizer que esta última é conhecida, na doutrina brasileira, como *politização da justiça* e, aquela, como *judicialização da política*.⁷¹

A decisão política não terá legitimidade se construída sem discussão e deliberação acerca do gerenciamento dos assuntos públicos, ou que sejam de interesse público, para conferir, nas palavras de Nino, um maior "valor epistêmico" às decisões morais⁷² (afinal, nas palavras de Seyla Benhabib, "Deliberação é um processo para se ser informado"⁷³). E é precisamente o déficit de legitimidade da atividade judicial de jurisdição constitucional que a faz ser vista com profunda desconfiança. Afinal, decisões públicas envolvem compreensões acerca de questões morais, vinculantes para os cidadãos que participam de uma comunidade que se reconheça como tal. Uma das preocupações que impulsionaram Habermas, por exemplo, a pensar a justificação procedimental de decisões públicas foi, justamente, a legitimidade da jurisdição constitucional para discutir a validade dessas decisões.

Por se preocupar com a legitimidade das decisões judiciais que operam uma leitura de acordos morais (e Habermas acredita ser possível existirem tais acordos, ou um "conteúdo cognitivo da moral"), Habermas pensa a racionalidade de decisões que eventualmente desbordem da aplicação ordinária de acordos

⁷⁰ STONE SWEET, Alec. *Governing with judges*. Constitutional Politics in Europe. New York: Oxford University Press, 2000. p. 25.

⁷¹ A judicialização da política no âmbito do Supremo Tribunal Federal é demonstrada por: VIANNA, Luiz Werneck *et alii*. A judicialização da política e das relações sociais no Brasil. Rio de Janeiro, Revan, 1999. p. 45-146. Já uma visão da politização da justiça, notadamente apontando a participação dos tribunais brasileiros em termos de governabilidade, é apresentada por: TAYLOR, Matthew M. *Judging Policy*. Courts and Policy Reform in Democratic Brazil. Stanford: Stanford University Press, 2008. p. 48-89.

⁷² Cf. NINO, Carlos Santiago. *La constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa, 1997.

⁷³ BENHABIB, Seyla. Toward a Deliberative Model of Democratic Legitimacy. In: BENHABIB, Seyla (Org.). *Democracy and Difference*. Contesting de boundaries of the political. Princeton: Princeton University Press, 1996. p. 71.

moralmente válidos. A teoria do direito de Habermas é informada pela perspectiva da teoria do discurso, dentro de um paradigma procedimental. Essa visão procedimental de racionalidade da interpretação do direito pressupõe um espaço de deliberação onde todos os argumentos podem ser livremente apresentados e discutidos, a fim de que se assegure "idealmente que todas as razões e informações relevantes, das quais em um determinado momento se possa dispor com relação a um tema, possam se fazer ouvir sem exceção".⁷⁴

O perigo de uma atitude política da jurisdição, conforme Habermas, seria o risco da atividade judicial se reduzir a uma jurisprudência de valores. A jurisprudência de valores consistiria no fato da interpretação judicial do direito, em lugar de operar uma escolha entre normas válidas, operar uma escolha entre valores, através de um sopesamento dos bens abrigados por aqueles valores. Reconhecer um discurso de justificação sustentado sobre valores abre espaço para a eleição pessoal do julgador acerca de uma concepção de bem (ou o alcance de um determinado fim), sem que essa concepção de bem seja compartilhada pela comunidade de intérpretes.⁷⁵ Isso, segundo Habermas, eleva o risco de

⁷⁴ HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez*. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso. 6. ed.. Madrid: Trotta, 2010. p. 299.

⁷⁵ Michel Rosenfeld observa que Habermas pretende imprimir à sua visão procedimental de justiça uma certa neutralidade substancial, uma certa isenção com relação à escolha das perspectivas que farão parte da deliberação acerca dos acordos morais. Contudo, Rosenfeld pontua que, bem da verdade, o paradigma procedimental é excludente de outros paradigmas, e, assim, opera escolhas substantivas. Por exemplo, exclui perspectivas metafísicas, por posicionar-se em uma perspectiva pós-metafísica. Exclui, também, perspectivas não-metafísicas que rejeitem aderência à prescrição de equidade, como é o caso de sujeitos que se considerem inerentemente superiores, recusando-se a submeter à discussão com sujeitos inferiores a sua visão de justiça. (ROSENFELD, Michel. Overcoming interpretation through dialogue. A critique of Habermas's proceduralism Conception of Justice. In: _____. *Just interpretations*. Law between ethics and politics. Berkeley: University of California Press, 1998. p. 136-137.) O contraponto entre Habermas e Rosenfeld parece residir na possibilidade da concepção procedimental de justiça habermasiana alcançar um *acordo moral*. Afinal, na visão reconstrutivista de Rosenfeld, o direito pode incorporar a pluralidade de convicções éticas igualmente relevantes em uma determinada comunidade, desde que não implique a supressão de outras convicções éticas (o que seria uma violência), e daí o autor negar a possibilidade de uma moral objetiva. De fato, a moral objetiva, na visão de Rosenfeld, estaria impossibilitada por conta do dever de alteridade, que impõe uma atitude desconstrutivista, culminante na impossibilidade de alcance da justiça. Mas, para Habermas a justiça não vem a ser, a justiça é, e é *procedimental*. (ROSENFELD, Michel. Just interpretations? Law, violence, and the Paradox of Justice. In: _____. *Just interpretations*. Law between ethics and politics. Berkeley: University of California Press, 1998. p. 72.)

serem proferidos juízos irracionais, pois argumentos finalísticos tomam o lugar de argumentos normativos. Daí que a visão procedimental de justiça, em termos de legitimidade da jurisdição constitucional, no exercício de interpretação do direito, seja expressada na posição da jurisdição constitucional não como protagonista da definição de direitos, mas sim na posição de árbitro, ou tutor de um certo procedimento de que dependa a eficácia legitimadora de um certo processo democrático de produção normativa (jurídica).

Sob o regime constitucional anterior, Paulino Jacques já afirmava não ser possível apartar a análise de questões políticas da jurisdição, sob pena de inutilidade desta.⁷⁶ Para referido autor, "a 'questão política' não é apenas questão de conveniência, oportunidade e acerto; mas, também, de interesse nacional com repercussão em interesses individuais."⁷⁷

A desconfiança sobre o controle jurisdicional de constitucionalidade repousa, sem dúvida, sobre a parcela política da atividade jurisdicional e sua dificuldade democrática. A partir das premissas teóricas aqui trazidas, tem-se que o político é, pois, desde uma perspectiva intersubjetiva, pluralismo, inclusão, reconhecimento do indivíduo com igualdade perante a comunidade que integra e, também, auto-governo coletivo. É, também, desde uma perspectiva individual, atuação política, *atitude*, chegando, inclusive, a interferir na condução de assuntos de ordem governativa.

Nesse respeito, aponte-se a posição de Alec Stone Sweet. O autor afirma que governabilidade é o processo pelo qual o sistema de regras de uma determinada comunidade é adaptado para os fins perseguidos por essa mesma comunidade. A "acomodação do direito" feita pelos juízes seria parte dessa atividade, e, desde logo, governança. Some-se a isso a interatividade das cortes com os demais poderes, no processo contínuo de produção do jurídico. Stone Sweet não ignora que juízes exercem uma atividade governativa (ou, política) diferenciada pelas restrições funcionais inerentes ao próprio processo de julgar.

⁷⁶ JACQUES, Paulino. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed.. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 329.

⁷⁷ *Idem, ibidem*.

Ele reconhece, por outro lado, o agir estratégico dos julgadores, e também todas as questões envolvidas disso (como o uso das cortes enquanto espaço de lutas ideológicas, por exemplo).⁷⁸

Stone Sweet deixa claro que as cortes exercem atividade política e parece sustentar a legitimidade dessa atividade na interação dos juízes com outros atores jurídicos e políticos por meio da retroalimentação entre a construção do jurídico nas cortes e o entendimento de outras pessoas acerca do que seja o direito. A tese é acertada se entendido, conforme observa Alexander Bickel, que governo, sob a lei, é um *continuum*.⁷⁹ Nesse respeito, Bickel dizia que a decisão judicial não valeria como "regra política" até que fosse aceita por instituições e oficiais sobre os quais a população tivesse controle. Por entender que também o Judiciário exercia atividade política geradora de efeitos determinantes na condução dos assuntos públicos, dotada, por outro lado, de particularidades institucionais que tornavam essa atividade política controlável em muito maior medida do que a atividade política dos demais poderes constituídos, Bickel defendia que, das instituições políticas, o Judiciário seria o "menos perigoso" (*the least dangerous branch*).⁸⁰

A atividade política judicial é atividade de tomada de decisões públicas por agentes políticos com competência reconhecida institucionalmente. Por essa razão, reconhecer outras formas, que não apenas representativas, para participação dos concernidos no processo de construção dessas decisões públicas, robustece a sua legitimidade, e atende ao critério da autolegislação.

Aqui é importante observar que o órgão julgador, em si mesmo, não é contramajoritário. De início, aponte-se que a competência judicial decorre de regras resultantes de uma deliberação majoritária reconhecida como legítima pela própria prática constitucional. Nesse caminho, tampouco a revisão judicial de

⁷⁸ STONE SWEET, *op. cit.*, p. 149-150.

⁷⁹ "Government under law is a continuum." (BICKEL, Alexander. *The least dangerous branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*. 2. ed. Yale University Press: New Haven/London, 1986. p. 109).

⁸⁰ "[...] the good society ... will strive to support and maintain enduring general values. I have followed the view that the elected institutions are ill fitted, or not so well fitted as the courts, to perform the latter task." BICKEL, *op. cit.*, p. 22.

atos legislativos e administrativos é ilegítima. A questão do caráter contramajoritário da atividade judicial diz respeito não propriamente à figura do juiz, ou da função judicial; diz respeito, sim, ao seu *modo de exercício*. Em outras palavras, trata-se de discutir o caráter contramajoritário das *decisões judiciais*, do modo como são construídas.

A conclusão conduz a que seja feita a pergunta: o que configura a maioria, ou o discurso da maioria, para que uma decisão judicial a ela seja contrária? Concorde-se que grupos subrepresentados não configuram, exatamente, minorias: é bem possível que componham majorias (em número) sem que possuam, todavia, voz no processo público de deliberação.

Não se trata de um simples discurso de legitimação da atividade política judicial. Trata-se, sim, do chamar à atenção de que se trata de uma atividade de construção de decisões públicas, coerente com uma compreensão de constituição e de jurisdição, que em grande parte sustenta a dogmática jurídica da Constituição brasileira de 88. E aqui reside a importância de ser voltar as atenções para as mediações de construção dessas decisões, e em que medida podem atender o princípio da autolegislação.⁸¹ Afinal, é preciso não perder de vista que a constituição deriva da soberania, e não o contrário.⁸²

II - Jurisdição

1 Direito

1.1 Natureza e função

A natureza do direito é o que reúne as características consideradas inseparáveis de sua constituição, e que lhe conferem nota distintiva em relação a

⁸¹ STONE SWEET, *op. cit.*, p. 28.

⁸² PALOMBELLA, *op. cit.*, p. 105.

outras coisas.⁸³ Ausentes tais características, desnaturado torna-se o direito, dissolvendo-se ou transmutando-se em algo diverso do que possa ser reconhecido como tal.

Aristóteles já dizia ser o homem um animal político.⁸⁴ Isso quer dizer que o homem, por sua própria natureza, associa-se e impõe restrições à sua própria liberdade política para o fim de conviver cooperativamente no ambiente em que se encontre. De fato, a convivência comum induz à política, às cessões em favor de um interesse particular ou coletivo, à distinção entre um agir público e um agir privado. Essa convivência comum impõe seja necessário um consenso – imperfeito e provisório – em torno de quais serão aquelas restrições, e como elas serão operadas. A natureza do direito caminha nessa direção, de restrição à liberdade política dos indivíduos.⁸⁵

A função do direito, por sua vez, marca a razão de ser, o fundamento mesmo da construção humana historicamente determinada a que se atribua a denominação de direito. O direito é instrumento, ferramenta para a solução de conflitos e pacificação social. Que o direito seja identificado com a coerção/sanção é necessidade histórica dirigida a lhe garantir a autoridade. O binômio coerção/sanção é adjetivação do direito, *plus* que se lhe acrescenta com o objetivo de fazer cumprir as suas disposições, carregadas de normatividade. Comunidades avançadas, onde o que se entenda por direito seja seguido sem

⁸³ Para desenvolver o que entende serem três tipos de governo (república, monarquia e despotismo), Montesquieu vale-se dos critérios *natureza* e *princípio* de cada um. Para ele, a natureza corresponde àquilo que faz o governo ser como é, a sua estrutura particular. O princípio seria aquilo que faz o governo funcionar, as paixões humanas que o colocam em movimento. MONTESQUIEU. *L'esprit des lois*. Paris: Classique Garnier, 2011. p. 146-171.

⁸⁴ Porque, para Aristóteles, o homem só existia na *pólis*, uma vez que fora dela não teria condições de se desenvolver ("*to flourish*"). ARISTÓTELES, *op. cit.*, p. XI. Daí parecer não ter cabimento a crítica de Hobbes, no sentido de que também abelhas e formigas poderiam ser animais políticos, pelo fato de conviverem em sociedade. A definição de Aristóteles não se sustenta, estritamente, sobre o critério associativo, tampouco sobre uma eventual associação artificial ou não natural (HOBBS, Thomas. *Leviathan*. London; New York: Penguin, 1985. p. 225-227). Além disso, Aristóteles diferencia os homens dos outros animais, justamente, *nomeando-os* como animais políticos.

⁸⁵ Liam Murphy lembra que qualquer teoria acerca dos *fundamentos* do direito deve levar em consideração o papel determinante dos fatos institucionais (sociais) em sua constituição. Cf.: MURPHY, Liam. The political question of the concept of law. In: COLEMAN, Jules (Ed.). *Hart's postscript*. Essays on the postscript to *The Concept of Law*. Oxford; New York: Oxford University Press, 2001. p. 385.

necessidade de impulso coercitivo e ameaça sancionatória, dispensariam o binômio, sem desnaturar o jurídico enquanto instrumento de alcance de paz e ordenação social.

Necessário, todavia, que essa última afirmação venha acompanhada de um entendimento acerca da natureza do direito, para que então seja possível avançar a uma compreensão de jurisdição e, portanto, de jurisdição constitucional.

Considere-se a seguinte situação hipotética: o indivíduo A está dentro de um trem às nove horas da manhã, deslocando-se para o seu trabalho. Subitamente, o indivíduo B adentra o vagão, embriagado e, ao sentar-se ao lado de A, trava-se o seguinte diálogo:

A - É muito cedo para uma pessoa encontrar-se embriagada. Você não deveria poder entrar neste trem.

B - Quem é você para dizer o que deve ou não ser feito, e como se atreve a me dizer o que tenho que fazer?

O diálogo acima permite sejam feitos questionamentos acerca da natureza do direito (e, por consequência, seu modo de produção). Em uma comunidade na qual dois indivíduos, titulares de idêntico poder político, disputam um mesmo bem (o direito de ser conduzido pelo trem público) a partir de distintas concepções de bom e de justo (estar embriagado às nove horas da manhã), a *autocomposição* do conflito ou seria impossível, ou seria imprevisível por conta do fator *tempo*. A alternativa, portanto, seria a *heterocomposição*, e daí a razão humana construir abstrações sofisticadas para uma melhor convivência interpessoal. É o caso do direito.⁸⁶

⁸⁶ Para ilustrar, vejamos as palavras de Pietro Costa, sobre a imaginação e um discurso jurídico: "Mas ao mesmo tempo o mundo que o jurista imagina já não é a realidade magmática das mais variadas interações e conflitos, senão uma realidade composta e 'bloqueada' em um jogo de peças montadas no qual os sujeitos, as ações, as normas, as transgressões são previstas, ordenadas, colocadas cada uma em seu lugar: o mundo possível que o jurista imagina é um mundo essencialmente ordenado, é o mundo como ordem." (COSTA, Pietro. Discurso jurídico y imaginación. In: PETIT, Carlos (Ed.). *Pasiones del jurista*. Amor, memoria, melancolía, imaginación. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. p. 188.)

Este "terceiro elemento" que se destina à composição heterônoma de conflitos entre os indivíduos (ainda não se está a falar, neste ponto, de legitimidade), possui a natureza de direito.⁸⁷ É uma restrição por natureza. Conforme explica Kelsen, para quem direito é ordem (e não norma),⁸⁸ para que uma restrição à liberdade obrigue deve haver algo externo, à parte dos interesses em jogo, e que assegure a manutenção da restrição à liberdade em caso de descumprimento. A restrição à liberdade caracteriza uma norma, no sentido de impor uma conduta, um dever ser, restringindo a liberdade de alguém. Como se vê, Kelsen fundamenta o direito no dever ser: "não posso agir em contrário, sem restrições à minha liberdade, porque algo exterior à minha vontade obriga-me a ter essa conduta. Não tenho escolha. E, se pudesse escolher, seria livre, não me importaria com a liberdade alheia." Daí a necessidade de coação – *enforcement* –, coerção e sanção do direito. Fazê-lo cumprir, com caráter de obrigatoriedade.

Por outro lado, se a restrição à liberdade decorre de um acordo originário de vontades, parece contraditório vincular acordo de vontades com descumprimento. Acordos podem ser cumpridos ou não cumpridos.⁸⁹ O que há é um *potencial* descumprimento, independente da autonomia da vontade em sua constituição. Entender o direito como ordem coercitiva da conduta humana supõe

⁸⁷ Está-se, aqui, no campo de uma definição da natureza do direito, e não daquilo que lhe justifique a obediência.

⁸⁸ Porque apenas o encadeamento de normas é que faz com que a liberdade seja restringida coercitivamente de maneira *válida*. De acordo com Kelsen, uma norma, isoladamente, não coage ninguém a agir desta ou daquela maneira; ela precisa de outra norma para que possa valer. Por isso é que a norma sozinha não é direito, não se dirige à conduta humana coercitivamente e com conteúdo de dever ser. Apenas o conjunto de normas é capaz disso, e eis o direito. O direito só existe porque há este ordenamento normativo, essa ordem normativa, segundo a qual para que algo valha como norma, ou seja, para que seja obrigatório enquanto dever ser, deve ser validado por outra norma superior. Como explica Kelsen, "o sentido subjetivo dos atos do costume somente pode ser interpretado como norma objetivamente válida se o costume é assumido como fato produtor de normas por uma norma superior." (KELSEN, *op. cit.*, p. 4)

⁸⁹ A razão conduz à conclusão de que homens devem cumprir seus pactos, sob pena de uma *guerra de todos contra todos* (HOBBS, *op. cit.*, p. 197). Esta seria a terceira lei da natureza, segundo Hobbes: *o homem deve cumprir seus pactos (covenants)*. Do contrário, continuaremos em condição de guerra. Daqui o autor deriva a *justiça*. Pois, se não houver pacto, haverá guerra de todos contra todos. E, se houver pacto, a sua quebra é injusta. "And the definition of Injustice, is no other than *the not Performance of Covenant*. And whatsoever is not Unjust, is *just*."). A assertiva, todavia, funda-se em uma parcialidade da natureza humana.

potencial descumprimento do pacto associativo na origem, o que é incorporado na natureza do direito. Kelsen reconhece isso.⁹⁰

Veja-se, pois, que uma compreensão do direito sustenta-se sobre uma compreensão da natureza humana: potencial descumprimento de pactos, acordos.

É claro que a potencialidade de descumprimento existe. Todavia, é preciso fazer uma divisão aqui. A natureza do direito, ou seja, aquilo que lhe dá sentido e garante existência enquanto tal, não pode ser a coação, o dever ser, mas sim, a *restrição à liberdade com pretensão de universalidade*. Que o direito seja coercivo é, apenas, uma necessidade histórica, em razão, justamente, do potencial descumprimento do acordo originário de vontades com vista à restrição da liberdade humana. Note-se, porém, que o potencial descumprimento, justamente, é uma *potencialidade*: pode ou não vir a ocorrer. A coercitividade é uma adjetivação do jurídico, uma qualidade que se lhe acrescenta, em razão de uma funcionalidade, que é, neste caso, fazer cumprir acordos.⁹¹

Por tal razão, no campo de uma *ciência* do direito, tudo aquilo que é apreendido pela razão resulta em construções abstratas carregadas de funcionalidade prática ou teórica.⁹² Essas construções abstratas, por motivo da

⁹⁰ Kelsen diz que somente existe dever, no sentido jurídico, se houver uma correspondente coação com sentido sancionatório frente a conduta contrária ao que determinado pelo direito. Isso porque ele liga direito à coação, coerção e sanção. Ele faz isso por ter em mente a ideia do *delinquente em potencial*. (KELSEN, *op. cit.*, p. 130)

⁹¹ Nesse respeito, Pietro Costa observa que, identificado um modelo de Estado com o direito (como é o caso de Kelsen), a trajetória do Estado de Direito pode comportar distinções dependentes da estratégia de controle do direito: pode ser formal, quando admite quaisquer conteúdos, e pode ser substancial, quando o direito que controla o poder orienta-se por uma certa substância, não é meramente procedimental. (COSTA, Pietro. O Estado de Direito: uma introdução histórica. In: _____, ZOLO, Danilo (Orgs.). *O Estado de Direito: história, teoria e crítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 192)

⁹² Sobre o tema, consultar: SANTOS, Boaventura de Sousa. Um discurso sobre as ciências. São Paulo: Cortez, 2006; LÖWY, Michael. *Ideologias e ciência social: elementos para uma análise marxista*. 5. ed.. São Paulo: Cortez, 1989. E, muito embora pertençam a terrenos distintos, não se pode mesmo dizer que existe uma divisão estanque entre as ciências sociais e as ciências naturais. Nesse respeito, tome-se o alerta de Michael Löwy: “entre as ciências sociais e as ciências naturais há um terreno intermediário, situado na fronteira das duas, por exemplo, certas formas de psicologia social, ou certas formas de demografia, ou certos problemas de biologia vinculados ao meio ambiente, uma série de temas que não se pode dizer com muita facilidade se pertencem ao campo da ciência natural ou se pertencem ao campo de ciência social. (...) Não se pode fazer um corte entre as ciências naturais e as ciências sociais, mas, *grosso modo*, a distinção existe.” (*op. cit.*, p. 89)

própria finitude – e evolução – da razão humana, são superáveis. São *sempre* superáveis.^{93, 94} Daí que generalizações sejam mediações meramente temporárias, abstratas em maior ou menor nível de sofisticação, para a solução de questões concretas.⁹⁵

Fica no ar a pergunta, ainda a ser respondida: qual o papel dos *juristas*, no campo da produção de conhecimento?⁹⁶

Seguindo adiante, concorde-se não ser possível reduzir o direito a termos positivistas, embora seja possível compreendê-lo com *positividade*.⁹⁷

⁹³ Hannah Arendt tem razão ao afirmar que "O poder, sob condições do pluralismo humano, nunca pode ser onipotente, assim como as leis emanadas do poder humano nunca podem ser absolutas." (ARENDT, *op. cit.*, 2006. p. 29. Tradução livre.)

⁹⁴ Note-se, contudo, que tal afirmação não desnatura a categoria conceitual da segurança jurídica. A provisoriedade das conclusões resultantes do raciocínio humano é gradativa. Está sujeita a variações, terá maior ou menor duração no tempo, a depender do grau de sofisticação de sua formulação. No caso da segurança jurídica, é categoria que remete à estabilidade de consensos em torno das ferramentas de operabilidade do jurídico, e também esses consensos - ainda que provisórios - estão sujeitos à necessidade de formulações mais sofisticadas capazes de superá-los, dada uma necessidade (particular ou generalizada). Eis a atividade legislativa ordinária que supera norma anterior; bem assim uma decisão judicial que declare incidentalmente a inconstitucionalidade de uma medida legislativa, por exemplo.

⁹⁵ Ciência remete a *conhecimento*, *conhecer*, e conhecer remete ao encontro do ser humano com algo dado, de que não tinha conhecimento prévio. Diverso é o sentido de *entendimento*, resultado da compreensão daquele conhecimento dado. Esta a função da ciência: conhecer, tomar ciência de, tomar ciência acerca da existência de um objeto, por meio de ferramentas pré-concebidas para que o acesso ao objeto seja possível (pressupostos de conhecimento científico). Daí que o *conhecimento* possa, sim, ser dado e construído; o *entendimento*, não. Este é sempre construído. No que diz respeito ao direito, Clèmerson Clève observa ser irrelevante provar a sua cientificidade, em vista da disputabilidade em torno de seus pressupostos, acentuada por se tratar de um saber cujo "solo epistemológico" encontra lugar no mesmo espaço onde se encontram, por exemplo, as (ciências) humanas. Cf. CLÈVE, Clèmerson Merlin. *O Direito e os Direitos*. 3. ed.. Belo Horizonte: Fórum, p. 43-56.

⁹⁶ Hespanha prevê aos juristas, para os dias de hoje, um resgate do papel dos intelectuais medievais, de postura não autoritária e ordenadora quanto à produção do conhecimento, mas sim interpretativa e esclarecedora dos valores dos diferentes corpos normativos locais (comunidades, culturas, tradições morais). Hespanha observa que, conforme Bauman, a pluralidade de abordagens parciais acerca de um determinado objeto faria com que a ética não pudesse ser fundamentada em um projeto jurídico. Isso colocaria em questão o papel moral dos intelectuais, no sentido de apresentarem as regras para a convivência humana, pois também poderiam inserir nessas regras o seu próprio projeto ético. Assim, e de acordo com Hespanha, a teoria do direito deveria passar por releituras, desde a teoria das fontes, passando pela teoria da interpretação e da argumentação, chegando até a teoria da decisão. (HESPANHA, Antônio Manuel. Os juristas como couteiros: a ordem na Europa Ocidental dos inícios da idade moderna. In: *A política perdida*. Ordem e governo antes da modernidade. Curitiba: Juruá, 2010. p. 239-264.)

⁹⁷ CLÈVE, *O direito e os direitos*, p. 71-78.

Supor que o acordo de vontades será descumprido é extremar antecipações no que diz respeito à conduta humana. A imprevisibilidade faz parte da natureza humana, que é rica, complexa e, por isso mesmo, não raro, contraditória.⁹⁸ As limitações da razão fazem supor não ser possível racionalizar a conduta humana até este ponto. As modalidades de resolução alternativa de conflitos são prova disso. Os acordos no campo da resolução alternativa de conflitos são descumpridos, é verdade. Todavia, não deixam de ser direito, no sentido de configurarem limitações recíprocas à liberdade legitimadas por uma escolha originária e uma prática entre os envolvidos.⁹⁹

Por evidente, não se está a supor a boa vontade humana com *exclusividade*. Trata-se, apenas, de analisar um mesmo objeto por outra perspectiva, fundada em premissas igualmente válidas.¹⁰⁰ Em outras palavras: é bem possível que nem todo o agente político aja em uma constante busca por *poder*, em detrimento da liberdade alheia.¹⁰¹

Nesse caminho, tem-se que o direito configura *restrições à liberdade política com pretensão de universalidade*. Em que consiste a universalidade no campo do direito será desenvolvido no tópico seguinte. Em última análise, a construção racional-abstrata denominada direito trata-se de ferramenta para a autocomposição ou heterocomposição de conflitos fundados na disputa por um determinado bem (abstrato ou concreto, como o tempo e a honra, ou dinheiro e

⁹⁸ Whitman, sensível à natureza e à complexidade da condição humana, concluiu: "*Do I contradict myself? Very well, then I contradict myself, I am large, I contain multitudes.*"

⁹⁹ Se admitido à parte o fato de, no Brasil, a resolução alternativa de conflitos ser reconhecida juridicamente em virtude de *lei*.

¹⁰⁰ O Direito Internacional Público, ramo do direito que trabalha a multitudine humana por excelência, funda-se tanto na *confiança* no ser humano, quanto na *desconfiança*: "Uma política realista do DIP deve tomar em consideração também as forças antissociais e destrutivas, para que possa introduzir em seus cálculos as necessárias precauções. E deverá, finalmente, ter presente em todo o momento que nenhuma ordenação humana é definitiva, pelo que há de se precaver e se proteger *permanentemente* contra as forças subversivas." Cf. VERDROSS, Alfred. *Derecho Internacional Público*. Madrid: Aguilar, 1955. p. 15. Tradução nossa.

¹⁰¹ A conclusão de Hobbes, de fato, é diversa: "So that in the first place, I put for generall inclination of all mankind, a perpetual and restlesse desire of Power after power, that ceaseth only in Death." Macpherson, em introdução à obra, conclui: "Everyone, those with moderate as well as those with immoderate desires, is necessarily pulled into a constant competitive struggle for power over others, or at least to resist his powers being commanded by others." (MACPHERSON, C. B. *Introduction*. In: HOBBS, *op. cit.*, p. 37)

imóveis, por exemplo). Que o direito seja funcionalizado para a transformação social, por exemplo, resulta em restrições à liberdade de constituição política de uma determinada comunidade, dirigida à realização de valores – como a igualdade, por exemplo.

Antes, porém, de adentrar o tópico seguinte, volte-se ao argumento sobre a provisoriedade do saber, dado e construído. A elaboração de categorias para a construção do conhecimento científico não quer significar que *tudo* o que seja apreendido pelos sentidos possa ser explicado. Quer, sim, dizer que *uma representação parcial* do que seja apreendido pelos sentidos pode ser explicada. Por essa razão, e para os fins do presente estudo, é importante ressaltar que elementos há que interferem na constituição do ser – e do seu saber – e que, se não podem – ao menos por enquanto – ser apreendidos pela razão, pelos mesmos motivos tampouco podem ser apreendidos por algo tão modesto quanto, como o direito.

2 Universalidade

2.1 Universalidade: generalidade e abstração

Para que se possa compreender o direito no presente estudo – e, por consequência, identificar instâncias de localização do jurídico e seus modos de produção –, é preciso refletir a respeito de algumas categorias auxiliares nessa construção de sentido.

Linhas atrás, foi esclarecido que a natureza do direito consiste em *restrições à liberdade política com pretensão de universalidade*. Que o critério da universalidade distingue o direito da política foi concluído por Kant, de quem se reproduz a seguinte síntese:

The principle of universality demands that our social and political relations should be governed and our public conflicts settled in an universal manner. This requires the existence of law.

[...]

Law is the universalized expression of politics.¹⁰²

Nada obstante não se compartilhe dos pressupostos epistemológicos de Kant para a construção do conceito de direito e de seu correspondente critério da universalidade, a formulação kantiana no sentido de que o *governo de nossas relações políticas e sociais e a solução de nossos conflitos públicos sejam conduzidos de uma maneira universal* compreende a natureza, a função e a legitimidade do direito hoje.

O critério da universalidade, no campo do direito, ainda é objeto de preocupação dos juristas, sobretudo no campo da fundamentação de um discurso sobre direitos.¹⁰³ Afinal, a experiência das duas grandes guerras, na primeira metade do século XX, fez erigir um discurso sobre o direito conectado à dignidade humana e ocupado dos mecanismos para sua proteção, e cujo principal desafio tem sido conciliar autolegislação, pluralismo de valores e multiculturalismo.¹⁰⁴

É Norberto Bobbio quem adverte ser a questão acerca dos fundamentos dos direitos do homem necessariamente uma questão de fundamentação do direito natural.¹⁰⁵ Bobbio explica que, do esforço pela busca de um fundamento *universal* para os direitos humanos, chegou-se à defesa de que se deve alcançar um fundamento único, incontestável, “irresistível” para que aqueles direitos

¹⁰² KANT, Immanuel. *Political writings* [Collection]. Cambridge; New York: Cambridge University Press, 1991.

¹⁰³ Veja-se posicionamento de Juha-Pekka Rentto, para quem o conceito de universalidade pode referir-se a três diversos aspectos do marco ideológico e conceitual dos direitos humanos: “em primeiro lugar, podemos nos referir à universalidade de sua distribuição e proclamar que pertencem a todos por igual. Em segundo lugar, podemos nos referir a como se relacionam com a razão prática e proclamar que têm uma função universal significativa como princípios morais e políticos. E em terceiro lugar, podemos nos referir a como nos relacionamos com eles enquanto sujeitos morais e proclamar que temos um direito universal ou uma obrigação universal de respeitá-los.” (_____. *Crepúsculo em el horizonte de occidente. In: Persona y Derecho*. n. 38. Pamplona: Universidad de Navarra, 1998. p. 165-166.)

¹⁰⁴ PEREIRA, Ana Lucia Pretto. Direitos humanos: proteção e fundamentação através da - necessária - legitimidade democrática. *Revista Estudos Jurídicos UNESP*, Franca, a. 14, n. 20, p. 249-274. 2010.

¹⁰⁵ BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. 3. tir.. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 35.

possam ser (universalmente) válidos. A pretensão, segundo Bobbio, é ilusória, haja vista dificuldades (quatro, por ele elencadas) para a sustentação da tese.

A primeira delas deriva da potencial plurissignificação das expressões de direito, em particular, da expressão “direitos humanos”. A segunda dificuldade está ligada à variabilidade do rol de direitos fundamentais ao longo da história. É que, afirma o autor, os direitos do homem são altamente circunstanciais, e “o que parece fundamental numa época histórica e numa determinada civilização não é fundamental em outras épocas e em outras culturas.”¹⁰⁶

Os dois últimos obstáculos ligam-se a uma comparação *intra-geracional* e *inter-geracional*¹⁰⁷ dos direitos do homem, denunciando a sua heterogeneidade, e, desse modo, a dificuldade em se encontrar uma fundamentação universal.¹⁰⁸ Fala-se em comparação *intra-geracional* quando a heterogeneidade refere-se a direitos dentro de uma mesma geração. Por exemplo, a censura prévia a espetáculos cinematográficos.¹⁰⁹ Os direitos em conflito aqui são o direito de expressão do produtor do filme e o direito do público de não ser escandalizado, chocado ou excitado. Nas palavras de Bobbio, “temos de concluir que direitos que têm eficácia tão diversa não podem ter o mesmo fundamento”.¹¹⁰ Sobre a comparação *inter-geracional*, esta se dá entre direitos de gerações distintas, mas igualmente “do homem”. Há, aqui, direitos “antinômicos, no sentido de que o desenvolvimento deles não pode proceder paralelamente: a realização integral de uns impede a realização integral de outros.”¹¹¹ Nesse campo, o autor entende ser impossível a fundamentação absoluta para dois direitos antagônicos, como, por exemplo, direitos de liberdade – 1ª geração – e direitos sociais – 2ª geração. Bobbio acredita que os direitos de 2ª geração conferem *poderes* aos indivíduos, poderes de exigir do Estado o fornecimento da prestação a qual tutelam. E, quanto maiores forem tais poderes, tanto menor será a liberdade dos mesmos

¹⁰⁶ *Idem*, p. 39.

¹⁰⁷ Os termos são de nossa responsabilidade.

¹⁰⁸ O que leva, também, segundo Bobbio, a dificuldades em torno de sua proteção, já que todos esses direitos são dotados da mesma fundamentalidade e demandam proteção.

¹⁰⁹ O exemplo é de Bobbio, *A Era dos Direitos*, p. 40.

¹¹⁰ *Idem*, p. 40.

¹¹¹ *Idem*, p. 41.

indivíduos que os detêm. Logo, direitos antinômicos não poderiam contar com a mesma fundamentação, pois sua proteção acarretaria conflito.

Desse modo, é visível que Bobbio não nega a existência de vários fundamentos possíveis para os direitos humanos. O que o autor defende é que o filósofo do direito não se deve ater tão-só à constante superação dos fundamentos, ou seja, buscar sempre um fundamento único *universal*. Para Bobbio, é importante sim identificar os vários fundamentos possíveis mas, *paralelamente*, não esquecer que de nada adianta oferecer esses fundamentos sem estudar as possibilidades fáticas para que tais fundamentos sejam aplicados em concreto. Daí falar que o principal problema dos direitos do homem seja *protegê-los*.¹¹²

No entanto, nada obstante a preocupação bobbiana repouse visivelmente na urgente *implementação* dos direitos do homem, parece importante registrar que, muitas vezes, há uma proteção *ostensiva*, explicitamente anunciada, mas que, em última e atenta análise, não protege o que caracteriza direitos humanos para uma *determinada comunidade*, ou, o que é mais preocupante, *sequer tem como fim* a proteção de *direitos humanos*, pois na verdade tem em vista a aquisição de poder, a expropriação de riquezas. Nesses casos, a *proteção dos direitos humanos* representa subterfúgio para a dominação de países desenvolvidos sobre países periféricos. Assim, parece que a preocupação que se coloca é sim de protegê-los, mas *também* de fundamentá-los, na mesma medida.

Afinal, para que a proteção seja legítima, seu objeto deve ser devidamente fundamentado, o que somente será possível quando respeitados determinados valores fundamentalmente relevantes para uma dada comunidade. E são

¹¹² Há uma passagem bastante elucidativa desse pensamento no livro *A Era dos Direitos*: “É inegável que existe uma crise dos fundamentos. Deve-se reconhecê-la, mas não tentar superá-la buscando outro fundamento absoluto para servir como substituto para o que se perdeu. Nossa tarefa, hoje, é muito mais modesta, embora também mais difícil. Não se trata de encontrar o fundamento absoluto – empreendimento sublime, porém desesperado –, mas de buscar, em cada caso concreto, os *vários fundamentos possíveis*. Mas também essa busca dos fundamentos possíveis – empreendimento legítimo e não destinado, como o outro, ao fracasso – não terá nenhuma importância histórica se não for acompanhada pelo estudo das condições, dos meios e das situações nas quais este ou aquele direito pode ser realizado. Esse estudo é tarefa das ciências históricas e sociais (...). O problema dos fins não pode ser dissociado do problema dos meios. Isso significa que o filósofo já não está sozinho.” (*op. cit.*, p. 43-44)

justamente esses valores que o debate acerca da fundamentação universal de direitos pretender colocar em xeque.

Referido debate versa, basicamente, sobre a oposição relativista à concepção universalista dos direitos do homem. A corrente relativista preceitua que a pretensão de universalidade dos direitos humanos configura a imposição da cultura dos países desenvolvidos sobre os países periféricos, procurando universalizar as suas próprias crenças. Desse modo, o universalismo contribuiria para a destruição da diversidade cultural.¹¹³ A corrente universalista responde a essas críticas afirmando que o relativismo cultural, muitas vezes, é uma justificativa para que graves violações aos direitos humanos fiquem imunes à intervenção da comunidade internacional. Argumenta-se, aqui, que “a existência de valores universais pertinentes ao valor da dignidade humana é uma exigência do mundo contemporâneo”, e que, uma vez que os Estados-nação ratifiquem os instrumentos internacionais de proteção aos direitos humanos, às suas regras devem submeter-se, não podendo escapar ao controle da comunidade internacional.¹¹⁴

Nesse panorama, são muitos os esforços que buscam oferecer propostas razoáveis para que a haja uma concepção válida de direitos humanos. A preocupação principal reside no fato de que, partindo da premissa de que tais direitos têm um fundamento valorativo, ou seja, possuem um conteúdo ético ou moral, podem alcançar as mais distintas fundamentações, interferindo sobremaneira na forma por que se deverá dar a sua proteção. Em outras palavras, busca-se uma maneira de proteger valores cruciais, fundamentais do ser humano enquanto pessoa,¹¹⁵ mas que, ao mesmo tempo, não descaracterize valores sociais e culturais de uma dada comunidade, configurando a forçada *imposição*

¹¹³ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 153.

¹¹⁴ *Idem*, p. 153-154.

¹¹⁵ Ou seja, não só do ser humano enquanto espécie animal de um dado gênero, mas enquanto indivíduo inserido num campo de relações sociais, que interage com os demais e que procura se desenvolver.

de uma cultura hegemônica (por exemplo, a ocidental) sobre uma cultura não hegemônica (não ocidentais).¹¹⁶

Há algumas teorias que discutem a fundamentação universal dos direitos, no sentido de conferir legitimidade à sua proteção. Arthur Kaufmann oferece uma proposta para essa questão. Em um primeiro momento, o autor desenvolve a ideia de que os direitos humanos deveriam deixar de ser preenchidos pela concepção de oferecimento de um bem e de felicidade a todos, ao que Kaufmann chamaria de *utilitarismo positivo*. O ideal seria, segundo o autor, que se pensasse em direitos humanos como a “justiça do bem” que proporciona ao ser humano *o menor sofrimento possível, e não a melhor felicidade possível*. Quer dizer, em não sendo possível dar felicidade a todos, haveria de se cumprir o seguinte *imperativo categórico*:¹¹⁷ “Atua de tal maneira que as consequências da tua atuação sejam compatíveis com a máxima eliminação ou diminuição da desgraça humana”¹¹⁸

É importante fazer uma observação aqui. Da mesma maneira que se há de pressupor que o que vem a ser *felicidade* é distinto para cada pessoa, o mesmo é válido para o que se entenda por *sofrimento*. Nada obstante, Kaufmann entende que haveria um *conteúdo essencial*¹¹⁹ desses direitos comum a todos os povos e, portanto, *insuprimível e respeitável sob qualquer circunstância* (como a

¹¹⁶ E este é um forte argumento em favor da reconsideração do princípio universal dos direitos humanos. Conforme Juha-Pekka Rentto, “Desde a perspectiva Oriental, o modo Ocidental não só é imprudente ao fomentar um conflito desnecessário, como também é imoral por gerar egoísmo, sendo, ainda, ininteligível quando apresenta, a pretexto da liberdade, um modo de vida que do ponto de Oriental afigura-se como uma vida de escravidão sob a adesão de coisas desimportantes.” (*op. cit.*, p. 180. Tradução livre)

¹¹⁷ De fato, no texto em estudo, Kaufmann faz uma digressão sobre o pensamento kantiano, propondo um “imperativo categórico” para os direitos humanos. (KAUFMANN, Arthur. La universalidad de los derechos humanos. Um ensayo de fundamentación. *Persona y Derecho*. n. 38. Pamplona: Universidad de Navarra, 1998.)

¹¹⁸ KAUFMANN, *op. cit.*, p. 23. Tradução livre.

¹¹⁹ Kaufmann parte da ideia de conteúdo essencial dos direitos fundamentais, presente na Constituição alemã: “A pergunta decisiva que se coloca é a seguinte: qual conteúdo, qual núcleo dos direitos humanos tem validade universal? É possível evocar aqui a antiga e muito problemática distinção ente direito natural e direito secundário. Mais sugestiva pode ser uma disposição da Constituição alemã (artigo 19, parágrafo 2 da Lei Fundamental), segundo a qual nenhum direito fundamental (e tanto mais nenhum direito humano) pode ser violado em seu ‘conteúdo essencial’”. *Idem*, p. 29-30. Tradução livre.

liberdade da pessoa, por exemplo). Esse núcleo essencial seria verificado em cada caso concreto, de maneira analógica, relacional, pois, para o autor, somente no caso concreto, ou seja, considerando o *direito em relação com outro direito*, é que seria possível falar em direito humano a ser protegido.¹²⁰

Uma outra proposta que também sustenta esse núcleo universal é a de Roberto Andorno. Primeiramente, o autor começa mostrando que o debate acerca da fundamentação dos direitos humanos está ligado à proposta de que tais direitos seriam “direitos naturais com outro nome”. Andorno, tal qual Kaufmann, também desenvolve a ideia de que há um *núcleo essencial dos direitos humanos, comum a todos os povos, porém, determinável em cada caso concreto*.¹²¹ Desse modo, para o autor, identificar esse núcleo seria identificar, *em concreto*, qual o bem jurídico tutelado por aquele direito natural. Para Andorno, o bem jurídico tutelado pelo direito humano seria *aquele devido a todo homem em razão de sua dignidade: a vida, a liberdade física e a não submissão à tortura*. A tese estaria de acordo com a Declaração Universal de Direitos Humanos quando esta diz, em seu art. 6º, que “todo ser humano tem direito, em todas as partes, ao reconhecimento de sua personalidade jurídica.”¹²² E, para Andorno, aqueles três bens jurídicos caracterizam o cerne fundamental do reconhecimento daquela

¹²⁰ “O conteúdo essencial, o núcleo dos direitos humanos não é algo universal-abstrato nem relativo, e sim algo *relacional*. (...) A resposta a nossa pergunta acerca da universalidade dos direitos humanos não é, portanto, nenhum ‘amém’, nenhuma culminação de esforço, nenhuma conclusão, senão que implica uma *tarefa* que está sempre se superando. Os direitos humanos não são válidos como um abstrato universal; somente são válidos ali onde *sejam outorgados no caso concreto*.” *Idem*, p. 32. Tradução livre.

¹²¹ No ponto, o autor refere-se à tese de Aristóteles segundo a qual as normas jurídicas possuem uma parte de direito natural e outra decorrente dos costumes, das circunstâncias, das convenções humanas, sendo que ambas as partes juntas constituem o *direito positivo*. Desse modo, o direito natural, para além de configurar uma *parte* do direito positivo, é o seu próprio *núcleo*: “Essa natureza híbrida do direito positivo em certas ocasiões tem sido representada graficamente através de uma esfera cujo núcleo está constituído pelo justo em seu ‘estado puro’ e, à medida em que nos distanciamos desse centro, o direito torna-se cada vez menos justo ‘por natureza’ e mais justo ‘porque o legislador assim o quis’”. (ANDORNO, Roberto. *Universalidad de los derechos humanos y derecho natural. Persona y Derecho*. n.º 38. Pamplona: Universidad de Navarra, 1998. p. 37-38.)

¹²² *Idem*, p. 38-39.

personalidade. Logo, para que seja identificado o justo, impõe-se perguntar se se dispõe, no caso concreto, de um daqueles bens essenciais à pessoa.¹²³

Além da tese dos bens jurídicos fundamentais dos direitos humanos, Andorno defende que, para que os direitos humanos tenham uma validade universalmente aceita, é necessário que se parta de uma concepção de direitos humanos ligada à *alteridade*. Em outras palavras, o dever de *reconhecimento* do outro enquanto titular de daqueles direitos, bem como o esforço recíproco por sua respeitabilidade e proteção, é o que lhes confere validade. Nas palavras do autor, “Se aceitamos que existem condutas universalmente devidas aos homens, enquanto possuidores de uma dignidade intrínseca, estamos forçados a aceitar a universalidade dos direitos humanos. Esta universalidade é compatível com o pluralismo cultural, na medida em que se sabe transcender a expressão conceptual desses direitos para alcançar o que eles querem representar: a dignidade humana.”¹²⁴

Essas ideias parecem convergir para uma preocupação em comum: *a responsabilidade de cada indivíduo para com o seu próximo*. No que toca à proteção dos direitos humanos, haveria a necessidade de se partir de uma compreensão de deveres com relação aos demais indivíduos, o que teria suporte em uma ética de responsabilidade, de alteridade. É o que propõe Juha-Pekka Rentto: “Por isso, se faz imperativo que para salvar os cidadãos da deterioração moral do sistema de direitos se promova um forte e consistente esforço educativo dirigido a criar uma ética comum de dever de respeitar em lugar de uma ética comum de direito a pedir respeito.” Trata-se de uma “força *moral* construtiva para o crescimento da humanidade responsável,”¹²⁵ em busca do *ideal da emancipação*.

Cabe destacar uma outra questão. O argumento da universalidade dos direitos humanos tem como um de seus fundamentos de validade o *consenso*

¹²³ *Idem*, p. 44.

¹²⁴ *Idem*, p. 48.

¹²⁵ RENTTO, *op. cit.*, p. 186. Tradução livre.

acerca de um valor universal para todos os povos. Em outras palavras, o fundamento que se pretende propor para os direitos humanos é válido porque amplamente aceito pela comunidade concernida. No entanto, pergunta-se: qual é essa comunidade concernida que dá fundamento aos direitos humanos? É bem possível que, muitas vezes, o consenso que se impõe decorra de culturas predominantes, levando países com culturas minoritárias a aceitarem aquele “consenso” ou, em caso contrário, sujeitarem-se às respectivas consequências (em regra, embargos de ordem política e econômica). Desse modo, *como é possível sustentar uma legítima pretensão de universalidade de direitos humanos, se uma parcela de seus “titulares” não participa de sua formação?*

Nesse ponto é que surge o questionamento acerca da universalidade do direito, especificamente, a conexão do critério da universalidade com as propriedades de generalidade e abstração. No direito, o universal, ou o universalizável, representa a *impessoalidade* ou *não distinção* no tratamento de indivíduos submetidos a uma mesma ordem jurídica. A generalidade e a abstração são características – ao menos em um primeiro momento – de uma produção jurídica de ordem legislativa.¹²⁶

Uma lógica formal de construção do direito seria suficiente caso a norma fosse preenchida apenas por conteúdos objetivos. Todavia, sabe-se que ela é preenchida, também, por subjetividades, que escapam à moldura normativa.¹²⁷

¹²⁶ Canotilho observa que cada grupo de associação humana carrega consigo uma pretensão de universalidade: “Estes sistemas têm legítimas pretensões de universalidade: a religião procura a universalidade salvífica; a economia anseia encontrar a mão invisível da criação e distribuição de riqueza; a ciência procura a verdade; a família ergue à universalidade o bem da felicidade pessoal. A constituição concorre hoje com estas universalidades.” CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3. ed.. Coimbra: Almedina, 1999. p. 1349.

¹²⁷ Kelsen também chega a essa conclusão (ao pensar a interpretação judicial do direito), a qual, em tese, refutaria toda a teoria pura do direito, por colocar em xeque seu próprio postulado metodológico fundamental. Apesar disso, a sua teoria nada perde em importância, não apenas em vista das categorias jurídicas que sofisticadamente desenvolveu, como, sobretudo, se levado em conta o contexto histórico no qual foi produzida. Vejam-se as palavras do autor nesse sentido: “Relativamente às ciências sociais falta ainda [...] uma força social que possa contrabalancear os interesses poderosos que, tanto aqueles que detêm o poder como também

Diante disso, coloca-se uma pergunta: como atender ao critério da autolegislação, no campo da produção legítima de restrições à liberdade política com pretensão de universalidade?

A resposta exige um repensar as propriedades do que seja universal, no campo do direito, em um modelo de Estado Democrático fundado na soberania popular.

O direito (enquanto restrições à liberdade política) *legítimo* cobra a participação de seus *concernidos* (em lugar de *destinatários*). Por essa razão, a participação dos concernidos no processo de construção (e de definição) do direito não expressa universalidade. Expressa *legitimidade*. Que os (potenciais) concernidos participem de uma decisão pública é exigência que atende a critérios de legitimidade, no sentido de efetiva participação no processo de sua construção. A legitimidade, como antes visto, ocorre em graus, para maior ou para menor, a depender, justamente, da efetiva valoração consensual positiva dos (potenciais) concernidos em um processo de constituição de decisão pública.

Nesse caminho, o critério distintivo do direito em relação à política permanece sendo a universalidade. Universalidade - e aqui retornamos a Kant - no sentido de que *o governo de nossas relações políticas e sociais e a solução de nossos conflitos públicos sejam conduzidos de uma maneira universal*. Universal *e legítimo* no sentido de alcançar *todos os seus concernidos* indistintamente (daí a nota de impessoalidade da generalidade e da abstração).

aqueles que ainda aspiram ao poder, têm uma teoria à medida dos seus desejos, quer dizer, numa ideologia social. E isto sucede particularmente na nossa época, que a guerra mundiais e as suas consequências fizeram verdadeiramente saltar dos eixos, em que as bases da vida social foram profundamente abaladas e, por isso, as oposições dentro dos Estados se aguçaram até o extremo limite. O ideal de uma ciência objetiva do Direito e do Estado só num período de equilíbrio social pode aspirar a um reconhecimento generalizado. [...] Se, no entanto, ousar apresentar nesta altura o resultado do trabalho até agora realizado, faço-o na esperança de que o número daqueles que prezam mais o espírito do que o poder seja maior do que hoje possa parecer; faço-o sobretudo com o desejo de que uma geração mais nova não fique, no meio do tumulto ruidoso dos nossos dias, completamente destituída de fé numa ciência jurídica livre, faço-o na firme convicção de que os seus frutos não se perderão para um futuro distante." (KELSEN, *op. cit.*, p. XIV-XV)

2.2 Universalidade: igualdade

Como antes referido, a liberdade política caracteriza a liberdade dos indivíduos componentes de determinado grupo para definirem o modo de convivência comunitária e social que para si julgarem mais conveniente. Restrições há ao exercício dessa liberdade política em virtude da necessidade prática de conciliação dos distintos interesses em jogo. Que essas restrições operem indistintamente, em virtude da igual liberdade política compartilhada por todos os concernidos, é o que caracteriza a ideia jurídica de universalidade.

Como apontado, *generalidade* e *abstração* representam propriedades dessas restrições à liberdade política, objetivando a totalidade (de concernidos). Para o direito, interessa que tais restrições alcancem *quaisquer* concernidos (generalidade) em antecipação à ocorrência de conflitos concretos exigentes de solução (abstração). Nesse caminho, a generalidade e a abstração assumem uma nota de *impressoalidade*.

É de se observar, todavia, que mesmo no território *legislativo* de produção do jurídico a generalidade e a abstração não são determinantes na adjetivação de um ato jurídico como lei.¹²⁸ A multiplicidade de situações cotidianas que cobram um agir normativo (muitas vezes imediato) dos poderes constituídos faz com que o fundamento da lei deixe de repousar tão somente na identidade do ato normativo como dotado de conteúdo genérico e abstrato.¹²⁹ A tese conduz a que o *parâmetro de identidade conceitual* da lei deixe de ser o critério material (da generalidade e abstração), passando a ser o critério formal (modo de produção).

Veja-se a síntese justificativa de Clèmerson Clève nesse sentido:

A lei não está em crise. Uma determinada concepção de lei, sim. Uma nova concepção, todavia, deve ser elaborada. Quando os juristas apontam a crise da lei, afirmam que aquelas características do ato legislativo, tal como visualizado pela doutrina clássica, não se ajustam aos atos assim definidos e editados pelo Estado contemporâneo. A lei era genérica e permanente. Hoje, o Estado edita atos legislativos nem sempre genéricos e, ademais, consumidos pela característica de

¹²⁸ Cf. CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade Legislativa do Poder Executivo*. 3. ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 59-69.

¹²⁹ *Idem, ibidem*.

transitoriedade. Ora, o conceito de lei como ato dotado dos atributos de generalidade, abstração e permanência decorre de uma determinada concepção de Estado. O ato era genérico porque não tinha em vista um caso particular. Abstrato porque aplicável, nas condições especificadas no texto, a todos os casos ocorrentes no presente ou no futuro. Permanente porque sua edição não respondia a uma necessidade conjuntural ou transitória, mas a uma exigência de cunho estrutural. Tudo muda com o *Welfare State*. Ao lado daquelas leis que, efetivamente, respondem às características reclamadas pela concepção clássica, outras são editadas para regular situações transitórias, emergentes, conjunturais. Por vezes, essas leis veiculam medidas concretas que desmentem a doutrina jurídica liberal. A lei, que ostentava a condição de garantia da liberdade (tal como o liberalismo a concebe); que não passava de regra jurídica delimitadora da esfera livre de atividade das pessoas nas suas relações recíprocas, agora assume um caráter nitidamente instrumental ou de meio de intervenção do Estado; enfim, torna-se um instrumento de conformação social. A lei-garantia e a lei-instrumento passam a conviver.¹³⁰

O fato de as restrições operarem com pretensão de universalidade sobre a liberdade política dos indivíduos cobra uma nota de *legitimidade*. Em uma ordem política democrática, cujo poder político pertença ao povo, entendido como soberano, é preciso que tais restrições atendam ao princípio da *autolegislação*. Kelsen, preocupado com a legitimidade do direito enquanto ordem normativa coercitiva da conduta humana, entendia restar atendido o critério da legitimidade através da *representação*, pois a *norma* que atribui o sentido objetivo ao intérprete (ou seja, à *autoridade*), teria sido produzida democraticamente.

O universal, no direito, também remete à noção de *totalidade*. A *totalidade* do direito legítimo é representada pelo conjunto de concernidos nas restrições à liberdade política por ele operadas. Daí que pensar a *legitimidade* do direito conduz a alcançar participação do máximo de concernidos possíveis nos processos de construção dessas restrições. No campo do direito, a totalidade não é indefinida; é, sim, conhecida e limitada: os concernidos.

A legitimidade é uma adjetivação inseparável do direito, sob o regime constitucional democrático da Constituição brasileira de 88. Não há falar, portanto, de direito sem carregar nessa construção de sentido o critério da legitimidade. A legitimidade orienta-se pelo princípio da autolegislação. A

¹³⁰ *Idem*, p. 55-56. Sem grifo no original.

autolegislação incorpora-se à natureza do direito legítimo.¹³¹ Ocorre que as propriedades de generalidade e abstração confirmam o princípio da autolegislação de modo apenas parcial. Exclui da totalidade os concernidos que não participam na construção de restrições à sua própria liberdade política. Daí que outras propriedades devam integrar seu critério de universalidade, para que seja alcançada a totalidade. Essas propriedades são *inclusão e reconhecimento*.

A *inclusão* expressa a exigência de acolhimento dos concernidos no processo de construção das decisões políticas. O *reconhecimento* opera-se em dois planos: o primeiro, no plano do indivíduo consigo mesmo. O segundo, no plano do indivíduo em suas relações com os demais. Porque o homem associa-se por natureza, é um animal político, é nesse espaço de interação intersubjetiva que poderá desenvolver-se em sua individualidade. Do contrário, teria limitado o desenvolvimento de sua capacidade de comunicação, cognição e, também, de seus sentimentos (amor, ódio, ambições). É na interação com o outro e no contato com a diferença que o homem encontra e constrói a sua identidade. Eis o reconhecimento em um primeiro plano (*conhecer* sua identidade por se *reconhecer* na diferença).

Em um segundo plano, o reconhecimento opera em relação não a si próprio, mas em relação aos demais indivíduos (daí em vários níveis: família, amigos, trabalho, comunidade, sociedade). Aqui, a inclusão age em reciprocidade com o reconhecimento. O indivíduo que se reconhece em sua individualidade com relação aos demais e, reversamente, é por estes reconhecido, sente-se e acha-se, de fato (desde a perspectiva dos demais), incluído. As políticas públicas que fixam cotas para grupos subrepresentados na sociedade são um bom

¹³¹ Afinal, o direito é uma produção humana – e não natural – de normas coincidentes com a liberdade dos seus destinatários. Coincidente com a liberdade porque os autoriza a decidir a respeito de sua legitimidade (autolegislação), mas também porque a liberdade, em uma comunidade jurídica, será exercida através de obrigações auto-impostas. (PALOMBELLA, *op. cit.*, p. 71)

exemplo: inclusão e reconhecimento de indivíduos em múltiplos espaços sociais.

132

É importante destacar que, se o desenvolvimento do indivíduo depende do desenvolvimento dos demais, faz sentido que trabalhar pela inclusão e reconhecimento dos demais concernidos resulte na construção de melhores condições de vida para todos os envolvidos. É um sentido de alteridade, assim encontrado em Franz Hinkelammert:

[...] o ser humano como sujeito não é uma instância individual. A intersubjetividade é condição para que o ser humano chegue a ser sujeito. Se entende em uma rede, a qual inclui a mesma natureza externa ao ser humano: a vida do outro é condição para a própria vida.¹³³

A inclusão e o reconhecimento dos concernidos no processo de construção de decisões políticas integra uma dimensão da igualdade. Tratar a todos com igual consideração e respeito cobra atenção às diferenças.¹³⁴ Daí que a igualdade tanto possa se identificar com generalidade e abstração, como com inclusão e reconhecimento.

A igualdade, nesses termos, é propriedade de um direito legítimo que atende ao critério da universalidade.

¹³² Para Axel Honeth, o desenvolvimento das sociedades é resultado da luta por reconhecimento de seus indivíduos em três estágios, todos pautados sob distintas formas de injustiça moral por eles vivenciadas (Cf. BUNCHAFT, Maria Eugênia. *A Filosofia Política do Reconhecimento*. In: SARMENTO, Daniel (Coord.). *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 378). Esses três estágios seriam: "auto-confiança, que é obtida nas relações afetivas com nossos entes queridos; auto-respeito, nas relações juridicamente institucionalizadas; e auto-estima, decorrente de nossas contribuições singulares reconhecidas pela comunidade a que pertencemos." (*Idem, ibidem*).

¹³³ HINKELAMMERT, Franz J. La vuelta al sujeto humano reprimido. In: FLORES, Joaquín Herrera (org.). *El Vuelo de Anteo*. Derechos Humanos y Crítica de la razón liberal. Bilbao: Desclée de Brouwer, 2000, p. 211. Esse sentimento de alteridade é belamente extraído das seguintes palavras de Emmanuel Lévinas: "O que significa 'como a ti mesmo'? Buber e Rosenzweig tiveram aqui os maiores problemas com a tradução. Disseram 'como a ti mesmo' não significaria que alguém ama mais a si mesmo? Em lugar da tradução por vocês mencionada, eles traduziram: 'ama ao teu próximo, ele é como tu'. Mas se alguém já estiver de acordo em separar a última palavra do verso hebraico 'kamokha' do princípio do verso, pode-se ler tudo de outra maneira: 'ama ao teu próximo, tu mesmo és ele'; 'este amor ao próximo é o que tu mesmo és'". _____, *De Dieu qui vient à l'idée*, apud HINKELAMMERT, *op. cit.*, p. 212.

¹³⁴ A ideia é tributária do pensamento de Ronald Dworkin (*Levando os direitos a sério*, São Paulo, Martins Fontes, 2002).

Entender em contrário implicaria negar o próprio sentido de soberania. Afinal, inclusão e reconhecimento reforçam o exercício da soberania popular. Mais ainda, a negação da soberania implicaria encarar o direito em termos estritamente formais, independente de particularidades e afastado de uma ideia de justiça.¹³⁵ Ocorre que a Constituição brasileira de 88, ao positivar a busca por liberdade e igualdade entre os indivíduos, impõe que ao direito seja agregado um conteúdo substantivo que determina a observância de princípios de justiça. Nesse caminho, questiona Palombella: afinal, de onde vêm as constituições? De uma razão concedida por ordem divina, por homens sensatos e desinteressados, por minorias privilegiadas, por soberanos ilustrados, ou resultam da limitação ou eliminação do poder soberano preexistente, por uma soberania implicada pelo princípio democrático?

A comunidade política brasileira que se constrói com a Constituição de 88 incorpora essa ideia de igualdade. Decisões políticas com pretensão de universalidade somente serão jurídicas se construídas à luz de um direito com essa natureza. A partir dessa delimitação, é possível apresentar uma compreensão acerca das restrições à liberdade política dotadas de juridicidade.

2 Jurisdição

A palavra *jurisdição* tem origem no verbete latino *jurisdictio*. *Dictio* remete a dicção, palavra, voz. Pronúncia. *Juris* corresponde ao caso genitivo de *jus*, o que dá sentido de posse a *dictio* em relação a *jus*, ou seja: voz, palavra *de direito*, ou, voz, palavra *de acordo com o direito*.

Nesse caminho, o sentido radical de jurisdição não corresponde a *dizer o direito* (ou, *um direito*) em si; corresponde, sim, a *dizer algo de acordo com o direito*, com um direito válido. Conforme aqui sustentado, um direito cuja universalidade contém as propriedades de generalidade e abstração, e de inclusão e reconhecimento.

¹³⁵ Cf. PALOMBELLA, *op. cit.*, p. 106.

Daí que jurisdição corresponda a pronúncias que estejam ou não de acordo com um direito válido. Leis, sentenças, atos administrativos diferem, quanto à sua natureza, do *direito*. O termo *jurisdictio* corresponde ao ato de pronunciar algo de acordo com o direito, com um direito válido, para a composição de uma determinada disputa de interesses.

No Brasil, a ideia de jurisdição associa-se à solução heterônoma e imparcial de conflitos no campo do direito.¹³⁶ A solução heterônoma e imparcial de conflitos adquire importância em virtude das dificuldades enfrentadas no âmbito da autocomposição, conforme mencionado anteriormente. Isso não quer significar, porém, que a autocomposição de conflitos seja incompatível, em essência, com uma ideia de jurisdição: as próprias partes interessadas produzem uma decisão que seja de acordo com uma concepção de direito vigente. Com efeito, a natureza e a função do direito, tal qual até aqui desenvolvido, agregada ao critério da autolegislação para lhe conferir legitimidade, em nada impedem que o ato de pronunciar decisões de acordo com um direito válido para a composição de interesses conflitantes parta das próprias partes envolvidas.

Tem-se que a jurisdição configura *pronunciar decisões de acordo com o direito válido para a composição de interesses conflitantes*. Pergunta-se: o que significa *pronunciar decisões* de acordo com um direito válido?

A atividade jurisdicional já há certo tempo não corresponde à reprodução automática de um direito posto.¹³⁷ Tal se deve ao fato da atividade jurisdicional

¹³⁶ SILVA, Ovídio Baptista da. Curso de Processo Civil. v. 1. t. 1. 8. ed.. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 26-27; CINTRA, Antônio Carlos; GRINOVER, Ada Pelegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 29. ed.. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 155-157; DIDIER Jr., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento. 9. ed.. Salvador: JusPodivm, 2008. p. 65-67;

¹³⁷ Nesse sentido, Marinoni faz a seguinte afirmação: "Dizer que a lei tem a sua substância moldada pela Constituição implica em admitir que o juiz não é mais funcionário público que objetiva solucionar os casos conflitivos mediante a afirmação do texto da lei, mas sim um agente do poder que, através da adequada interpretação da lei e do controle da sua constitucionalidade, tem o dever de definir os litígios fazendo valer os princípios constitucionais de justiça e os direitos fundamentais." (MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Processo Civil*. v. 1. (Teoria Geral do Processo). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 97) Também: ANTUNES ROCHA, *O juiz na nova ordem estatal*, p. 260-266.

ocorrer dentre duas dimensões: a do agente em si, e a do agente em relação. O agente em si carrega consigo seu conhecimento jurídico e elementos morais, éticos, espirituais, com os quais trabalha na formação do juízo acerca do que seja de acordo com o direito, para a solução do caso em questão. O agente em relação, além de ter sua constituição subjetiva moldada em virtude de uma – necessária – ação intersubjetiva e circunstancial, no caso do direito não escapa de pré-formulações mesmo nos atos em que se entenda atuar originariamente na sua produção. Assim, uma lei, uma sentença, um costume, configuram aperfeiçoamentos cotidianos de conclusões passadas, conscientemente ou não.

A Constituição brasileira de 1988 reconhece outras formas de jurisdição, que não apenas a jurisdição judicial, como a arbitragem e a jurisdição voluntária, por exemplo.¹³⁸ Cada uma dessas modalidades de jurisdição opera dentro de regime jurídico próprio, individualizado, sem que isso implique no isolamento de um em relação aos demais. A arbitragem, em particular, conquanto não configure, à luz do direito posto, modalidade de jurisdição constitucional, se entendida a Constituição de 88 como prática constituinte de uma comunidade que assim reconheça, poderia avançar no sentido de constituir modalidade de solução de conflitos independente da jurisdição estatal, e regulada por regime próprio.¹³⁹ O empoderamento das alternativas jurisdicionais equilibra a necessidade de uma sua justificação, em relação às instituições reconhecidas pelo Estado.¹⁴⁰

2.1 Jurisdição não estatal

¹³⁸ Embora não haja consenso na doutrina nesse respeito (DIDIER Jr., *op. cit.*, p. 92-100).

¹³⁹ De acordo com a ordem jurídica brasileira, a sentença arbitral será revisada pela jurisdição estatal apenas no caso da ocorrência de *error in procedendo*, nada obstante a cláusula constitucional que prevê o princípio geral da inafastabilidade da jurisdição (válido, inclusive, no campo das relações privadas). *Idem, ibidem*.

¹⁴⁰ Nesse sentido, CAMPOS, Diogo Leite de. Outras questões polêmicas. In: *Constituição Federal: avanços, contribuições e modificações no processo democrático brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. Nas palavras do autor: "Passando-se a analisar criticamente o Estado, já não [como] um dado indiscutido e indiscutível; mas como uma organização a definir e a gerir de acordo com interesses que lhe são estranhos. Em termos de ser ele a precisar de justificação, e não a sociedade civil; de serem os tribunais do Estado a precisar de justificação na sua existência e funcionamento; e não as jurisdições escolhidas pelas partes." (*op. cit.*, p. 135)

A jurisdição não estatal corresponderia a pronúncias e decisões sobre conflitos com base em um direito válido e vigente não estadualizado.

Sob a Constituição de 88, a comunidade política brasileira reconhece como válido o direito positivo estatal legitimado por práticas inclusivas dos concernidos em seu processo de construção. Está-se a falar aqui do reconhecimento dos concernidos daquele direito que é produzido e reproduzido como mecanismo de restrição da liberdade política com nota de universalidade.

¹⁴¹ No caso brasileiro, esse direito ainda perpassa, senão em sua totalidade, ao menos na sua quase totalidade, instituições públicas estatais.

O reconhecimento, dos concernidos, de si mesmos na comunidade que integram e, também, do direito válido geram mudanças, inclusive, no papel do estudioso do direito:

Nos termos de uma teoria realista do direito, teria mais sentido falar num "depósito" de normas jurídicas comunitariamente reconhecidas, não providas de alguma nascente escondida e obscura, mas estabilizadas na consciência da comunidade. Neste caso, as normas não teriam tanto que ser objecto de uma hermenêutica que conduzisse aos seus sentidos primitivos, "naturais", ocultos, mas de uma observação empírica quanto à sua efectiva vigência no tecido social. O seu conhecimento não demandaria tanto um recurso a aptidões de interpretação filosófica ou espitirual, a uma sondagem dos sentidos escondidos do direito (*arcana juris*), mas, mais singelamente a capacidades de observação da realidade social, de constatação de comportamentos regulares, embora essa observação comporte também - ao lado dessas regularidades (análise sociológica do direito) - a interrogação das razões, dos sentidos, desses comportamentos (análise teleológica do direito). ¹⁴²

Seria possível reconhecer a existência de jurisdição não estatal caso o parâmetro de validade de determinadas decisões públicas fosse um direito não

¹⁴¹ No sentido de que a legitimidade das Cortes constitucionais depende do reconhecimento de suas decisões pela comunidade de *experts* jurídicos: JESTAZ, Philippe. La jurisprudence: réflexions sur un malentendu. In: ROSENFELD, Michel (Ed). *Constitutionalism, Identity, Difference, and Legitimacy: Theoretical Perspectives*. Durham: Duke University Press, 1994. p. 271.

¹⁴² HESPANHA, António Manuel. *O caleidoscópio do direito e a justiça nos dias e no mundo de hoje*. Coimbra: Almedina, 2009. p. 440.

estatalizado.¹⁴³ É o caso, por exemplo, da justiça restaurativa, que é um modelo de solução de conflitos firmado em valores não conectados à sanção e coerção estatais. Tem como foco a *reparação* do dano sofrido (e não a *punição* do ofensor), por meio de uma ação conjunta entre vítima, ofensor e também membros da comunidade, os quais, em última análise, são também envolvidos pelo crime por sofrerem seus efeitos, ainda que indiretamente.¹⁴⁴ No Brasil, há casos onde ações e métodos de justiça restaurativa operam preventivamente.¹⁴⁵

2.2 Jurisdição estatal

Pronunciar decisões públicas que se destinem à solução heterônoma e imparcial de conflitos, conforme o direito vigente, eis a definição de jurisdição. Que essa jurisdição seja estatal cobra que o direito vigente identifique-se com um direito estadualizado. A jurisdição estatal judicial é a atividade jurisdicional estadualizada operada por agentes do Poder Judiciário, e tem regime jurídico próprio, à luz da Constituição de 88.¹⁴⁶

2.2.1 Instâncias de produção do jurídico

Como instâncias de produção do jurídico estatal interessam não exatamente as *fontes de direito*, que podem ser várias (inclusive não estatais):

¹⁴³ Essa a posição de António Manuel Hespanha (HESPANHA, *Os juristas como couteiros*, p. 239-264.)

¹⁴⁴ Fonte: www.restorativejustice.org.

¹⁴⁵ Como é a figura do Professor Mediador Escolar e Comunitário (PMEC), no âmbito das escolas da rede pública de ensino do Estado de São Paulo, assim definido: "Trata-se de um professor que tem como objetivo acompanhar o aluno na convivência com os outros integrantes dos diversos segmentos escolares e, por meio desse acompanhamento, desenvolver um projeto pedagógico que amplie os fatores de proteção próprios àquela comunidade escolar, coibindo eventuais fatores de vulnerabilidade e conflitos inerentes a esta convivência." A figura faz parte do Sistema de Proteção Escolar do Departamento de Educação do Estado de São Paulo, cuja principal característica é atuar de maneira sistêmica, integrando a escola e a comunidade em um compromisso com o uso de ações e métodos de justiça restaurativa no âmbito escolar. (RANIERI, Nina Beatriz Stocco. Restorative justice and mediation in the public basic education in the State of Sao Paulo, Brazil. In: *Revista de Direito Educacional*. ano 3. vol. 6. jul.-dez-/2012. p. 92-96)

¹⁴⁶ E legislação especial, de que é exemplo a Lei Orgânica da Magistratura (LC n.º 35/79).

doutrina, jurisprudência, costumes, normação privada de conflitos.¹⁴⁷ Como *instâncias de produção do jurídico* se reconhecem os *loci* de produção das restrições à liberdade política com pretensão de universalidade (igualdade) legitimadas por práticas generalizadas de reconhecimento.

No direito brasileiro, reconhece-se que a Constituição brasileira de 1988 aponta as diretrizes para a distribuição, controle e exercício do poder público. A Constituição de 88 prevê diversas instâncias de produção jurídica, que resultam em leis, regulamentos, sentenças, admitindo-se, em alguma medida, inclusive, o costume (no caso do direito internacional).

No campo da atividade judicial, são produzidas decisões públicas que operam restrições à liberdade política dos concernidos. Que essas restrições passem no teste de juridicidade depende que atendam ao critério da universalidade, e que essas decisões passem no teste de legitimidade depende da maior ou menor participação dos concernidos em sua constituição. Há vários canais para que essa participação ocorra: desde as decisões públicas acerca do modo de investidura de agentes políticos nessa função, até a publicidade dos atos decorrentes dessa atividade, passando pelas instâncias de deliberação sobre o seu conteúdo (processo constitucional).

Sendo uma atividade política, reconhece-se que a atividade judicial incorpora elementos valorativos do agente público responsável por sua constituição. A atividade judicial é uma atividade de interpretação, aplicação e construção de normas jurídicas, conforme será visto ao longo deste trabalho. Por ora, interessa apresentar alguns desdobramentos resultantes dessa compreensão.

¹⁴⁷ Encontra-se no *pluralismo jurídico* uma contribuição para a enumeração de fontes de direito não estatais. Sobre o tema: WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura do direito*. 2. ed.. São Paulo: Alfa Omega, 1997. p. 255-311. Também as fontes do direito devem passar por uma espécie de *teste de reconhecimento*. Nesse sentido, Hespanha afirma: "O elenco das fontes de direito deve ser, nos quadros de uma posição realista quanto ao conceito de direito, extraído da observação das normas admitidas como jurídicas pela nossa jurisprudência, pela nossa prática burocrática, pela nossa doutrina e, finalmente, pelos sentimentos da comunidade acerca do que é direito." (*O caleidoscópio do direito*, p. 446)

2.2.2 Mediações de construção do jurídico

A construção de decisões públicas judiciais opera-se essencialmente por meio de uma atividade interpretativa sobre o material jurídico disponível. Essa construção, todavia, gera em contrapartida uma constante *desconstrução* do direito em vista do universo de possibilidades que o material apresenta para aquele que o trabalha, que não é um ser isolado em sua própria moral, mas é um ser no mundo.¹⁴⁸ O trabalho interpretativo judicial é a construção de um caminho que envolve escolhas, sendo que essas escolhas transitam entre operações de adjudicação e de justificação.¹⁴⁹

2.2.2.1 Subsunção e ponderação

A subsunção e a ponderação são reconhecidas como técnicas de solução de antinomias utilizadas pelos operadores do direito. Enquanto técnicas de solução de antinomias, cada qual conta com sua maneira particularizada de operabilidade. A natureza dos conflitos em questão conduzirá ao uso de uma ou outra técnica, cada qual acompanhada de sua metodologia particular.¹⁵⁰

Problematizações em torno de conflitos entre valores e opções políticas igualmente relevantes¹⁵¹ em um mesmo ordenamento jurídico podem conduzir à necessidade de superação, ainda que particularizada e transitória, de decisões

¹⁴⁸ "O direito, como uma construção do homem, pode ser sempre desconstruído. Desconstruir o direito pode ser considerado uma prática destinada a demonstrar que qualquer lei, qualquer ordenamento jurídico, pode ser 'desestabilizado'. O sentido de todo o texto, e o direito se revela através dos textos, resta sempre aberto; qualquer fechamento final ou definitivo de sentido é autoritário. A desconstrução exige que toda a leitura de um texto possa ser submetida a uma nova leitura, em um movimento que une presente e passado, futuro e presente." (KOZICKI, Katya. A interpretação do direito e a possibilidade de justiça em Jacques Derrida. In: FONSECA, Ricardo Marcelo (Org.). *Crítica da Modernidade: Diálogos com o Direito*. Florianópolis: Boiteux, 2005. p. 133.)

¹⁴⁹ Adjudicação entendida como aplicação de um direito posto, e justificação entendida como fundamentação tanto da aplicação em si, como da norma aplicanda. Sobre a diferença, ainda que tomada posição diversa da aqui sustentada, em termos de justificação: GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação*. São Paulo: Landy, 2004.

¹⁵⁰ Cf. BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 29.

¹⁵¹ Vide BARCELLOS, *op. cit.*, p. 23.

políticas consolidadas (leis, sentenças). Em última análise, a distinção entre ambas as técnicas (subsunção e ponderação) opera-se, essencialmente, em termos de ônus argumentativo.¹⁵² É o que sugere a tese da derrotabilidade normativa, que será vista no tópico seguinte.

Com efeito, se a subsunção trabalha com critérios metodológicos mais objetivos em termos de argumentação (especialidade, temporalidade e hierarquia), a ponderação, e suas variações metodológicas, cobram do agente que soluciona conflitos maior sofisticação argumentativa, haja vista não só circunstâncias fáticas quando da solução de conflitos, como, também, limitações decorrentes do próprio ordenamento jurídico. Um critério metodológico de um método da ponderação, a título de exemplo, é a *máxima* da proporcionalidade.¹⁵³

Em termos de atividade política, é a ponderação que permite seu exercício de maneira mais explícita. É que, na ponderação, os distintos passos da argumentação cobram do intérprete escolhas fundadas sobre juízos de valor:

[...] quando se decide pela presença de um fim digno de proteção, nem sempre claro e explícito na decisão judicial; quando se examina a aptidão ou idoneidade da mesma, questão sempre discutível e aberta a cálculos técnicos ou empíricos; quando se pergunta sobre a possível existência de outras intervenções menos gravosas, tarefa na qual o juiz há de assumir o papel de um diligente legislador na busca do que seja mais apropriado; e, ao fim e sobretudo, quando se pretende realizar a máxima da proporcionalidade em sentido estrito, onde a apreciação subjetiva dos valores em questão e da relação 'custo/benefício' resulta quase inevitável.¹⁵⁴

O modelo da ponderação recebe várias críticas, dentre as quais o fato de que a leitura principiológica do direito (em particular, da constituição) pode

¹⁵² É o que se conclui a partir da tese de Humberto Ávila, conforme será visto mais adiante.

¹⁵³ A proporcionalidade enquanto critério de um método da ponderação foi desenvolvida por Robert Alexy (*Teoria dos direitos fundamentais*, São Paulo, Malheiros, 2008). O tradutor no Brasil da obra de referência, Prof. Virgílio Afonso da Silva, atribuiu à proporcionalidade o conceito de *máxima*. Cf. SILVA, Virgílio Afonso da. Nota do Tradutor. In: ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 10.

¹⁵⁴ SANCHÍS, Luis Prieto. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. In: CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo (s)*. Madrid: Trotta, 2003. p. 151.

trazer prejuízos em termos de segurança jurídica.¹⁵⁵ Jürgen Habermas critica o método da ponderação afirmando que este seria uma porta aberta ao decisionismo e à subjetividade judicial, em prejuízo das escolhas feitas pelo legislador.¹⁵⁶ O uso desenfreado da ponderação, agregado à abertura normativa do direito permitiria ao julgador ampla liberdade, podendo transformar os tribunais em instâncias autoritárias. Para Habermas, deve-se buscar todas as interpretações possíveis dos princípios em jogo, para que então se escolha o melhor, o mais adequado ao caso concreto, sem necessidade de se recorrer às análises valorativas características da ponderação.¹⁵⁷

A crítica procede. Por essa razão, é relevante lembrar que a decisão judicial não se acha isolada, no mundo do direito. Pelo contrário, faz parte de um sistema, trabalha com ferramentas postas, sujeita-se a um constante escrutínio público, o que deve minimizar as possibilidades de que seja arbitrária e aumentar as chances de ser corrigida. A expectativa de Dworkin de que a decisão judicial *integre* um encadeamento coerente de leituras da constituição reforça esse discurso. O modelo da ponderação tal qual desenvolvido por Alexy caminha nessa direção, ao buscar oferecer técnicas que imprimam alguma racionalidade na decisão judicial, e lhe controlem a razoabilidade. É o caso do critério da proporcionalidade.¹⁵⁸

¹⁵⁵ Nesse sentido, COMANDUCCI, Paolo. Formas de (Neo)Constitucionalismo. Un análisis metateórico. In: *Neoconstitucionalismo(s)*. Carbonell, Miguel (org.) Madrid: Editorial Trotta, 2003. p. 91.

¹⁵⁶ HABERMAS, *op. cit.*, p. 333.

¹⁵⁷ *Idem, ibidem*.

¹⁵⁸ A funcionalidade da proporcionalidade opera-se no exame da legitimidade de medidas restritivas de direitos fundamentais (através das máximas parciais da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito). Para explicar a máxima da proporcionalidade, na teoria de Alexy, considerem-se “M1, M2 ... Mn” como distintas medidas interventivas sobre direitos fundamentais, e “P1, P2 ... Pn” como distintos princípios de direitos fundamentais.

a) adequação e necessidade: essas máximas parciais decorrem do fato de princípios, no entender do autor, serem mandamentos de otimização em face das possibilidades *fáticas*. Adequação: seria a adequação de uma dada medida para realizar P1. O exame da adequação não traz maiores dificuldades: comporta uma relação de adequação de meios para a realização de determinados fins. Necessidade (mandamento do meio menos gravoso): significa que as medidas para a realização de P1 devem afetar menos intensamente a realização de uma *outra* norma de direito fundamental com estrutura de princípio, P2. Para P1, as medidas M1 e M2 são

2.2.2.2 A tese da derrotabilidade normativa

A tese da derrotabilidade normativa tem relevância pela pretensão de ser compreensiva da dimensão axiológica que o direito adquire nos Estados constitucionais contemporâneos. Nas palavras de Alfonso García Figuerola, “a derrotabilidade das normas em um Estado constitucional constitui a deontologia que melhor responde à axiologia inerente ao direito sob um Estado constitucional.”¹⁵⁹

De acordo com a tese da derrotabilidade normativa, a derrotabilidade seria uma propriedade estrutural de *todas* as normas jurídicas. Nesse caminho, a separação forte entre regras e princípios seria viável em um plano *ontológico*, mas enfrentaria problemas no plano *funcional*: ontologia e função são inerentes à dicotomia entre regras e princípios, de tal forma que a tese forte da separação implicaria uma tese forte de separação entre subsunção e ponderação. Por essa razão, uma crítica à tese forte é aquela segundo a qual as regras ora podem operar sob ponderação, e os princípios ora podem operar sob subsunção.¹⁶⁰

Surge, então, a pergunta: *realmente existem regras no Estado constitucional?* Afinal, o princípio inseriria uma graduação na aplicabilidade da

indiferentes. Mas, para P2, não. Se para P2 a medida M2 permite que possa ser realizado na maior abrangência possível, então M2 é permitido e M1 é proibido.

b) proporcionalidade em sentido estrito: essa máxima parcial decorre da relativização em face das possibilidades *jurídicas*. A proporcionalidade em sentido estrito é dedutível do caráter principiológico dos direitos fundamentais porque *é o caráter principiológico que conduz a sopesamentos*; e decorre da relativização em face das possibilidades jurídicas porque regras e princípios contrários constituem essas possibilidades.

Quando, do ponto de vista das possibilidades fáticas, uma maior realização de P2 é alcançada se nem M1 nem M2 são considerados, *mas se tem que escolher um deles*, então chega-se ao exame da proporcionalidade em sentido estrito, quando, então, se está trabalhando no âmbito das possibilidades jurídicas. A submáxima da necessidade (M2 é menos gravoso) acabou determinando a escolha no exame da proporcionalidade em sentido estrito. (ALEXY, *op. cit.*, 116-120)

¹⁵⁹ FIGUEROA, Alfonso García. *Criaturas de la moralidad*. Una aproximación neoconstitucionalista al derecho a través de los derechos. Madrid: Trotta, 2009. p. 139.

¹⁶⁰ Figuerola, aqui, relembra o caso da construção da janela perto da propriedade vizinha: o Código Civil define limites para a construção de janelas, tomando em consideração casas vizinhas. Porém, particularidades do caso concreto fazem entender estar autorizada a superação da regra definidora desses limites. A tese forte da separação entre regras e princípios não daria conta de explicar a solução dada ao caso. Cf. FIGUEROA, *op. cit.*, p. 70-78.

regra que seria supostamente incompatível com a configuração estrutural postulada pela separação forte. Conforme observado por Figueroa, e admitindo a tese alexyana de que princípios configuram mandamentos de otimização, não parece ser possível combinar a otimização dos direitos fundamentais com sua onipresença, e seguir mantendo a existência de regras. Em um Estado constitucional onde se leve a um extremo a constitucionalização do direito e o efeito irradiante da constituição, a distinção entre regras e princípios perderia boa parte do seu sentido. Segundo Figueroa, a distinção forte entre regras e princípios fracassaria, justamente, nos Estados constitucionais.

Para Figueroa, por força da tese da derrotabilidade, seria mais correto falar apenas em *normas*, genericamente:

Toda norma infraconstitucional, seja qual for sua classe ou configuração, deve estar *disposta* ou *preparada* para ser excepcionada singularmente por normas constitucionais e, posto que desconhecemos em que caso *deverá ser* assim, então todas as normas compartilham dessa propriedade que alguns tem quisto designar exclusivamente aos princípios jusfundamentais [...]. Tudo isso aconselhará analisar as particularidades da aplicação das normas nos Estados constitucionais em termos de derrotabilidade.¹⁶¹

O fato de os princípios poderem funcionar como as regras (serem efetivamente derrotados) denunciaria, portanto, a sua propriedade *disposicional*: estar à disposição de serem derrotados, justamente pelo fato da disposição ser *estrutural*.¹⁶²

¹⁶¹ FIGUEROA, *op. cit.*, p. 146. Uma pergunta chave em Figueroa nessa temática é a seguinte: “*como estabelecemos as propriedades relevantes em abstrato que permitam reconstruir essas regras completas?*” Ou seja: quais os critérios para uma definição *a priori* acerca de quais disposições configurem regras? Esse é um inconveniente da distinção forte, apresentado pelo autor.

¹⁶² Diante do argumento, Figueroa reafirma que a base mais relevante à derrotabilidade dos princípios é a base ética. Por isso, a questão da estrutura da derrotabilidade encaminha-se para uma questão de teoria do Direito (ou seja, o problema das relações conceituais entre Direito e moral). A base da *disposição de refutação* (derrotabilidade) consiste em outra disposição: a *disposição à correção*, do Direito em geral e dos princípios jusfundamentais em particular. O autor denomina, pois, *tese da disposição de correção* a ideia de que todo o sistema jurídico apresenta uma disposição de correção que pode ser atualizada *argumentativamente*. Nesse sentido, uma norma extremamente injusta não poderá ser jurídica porque não pode ser argumentativamente operativa. “Se o Direito cobra sentido apenas na medida em que o contemplamos argumentativamente (no sentido de que seja operativo), então apenas mantendo certa correção (= mantendo sua disposição para ser empregada argumentativamente) é que uma disposição legal pode funcionar como jurídica.” (FIGUEROA, *op. cit.*, p. 170)

Questiona-se, pois, a relevância de ser mantida a distinção. Concorde-se com Humberto Ávila, quando sustenta, com base em Alexy, que a distinção parece ser útil enquanto um recurso argumentativo na solução de casos atípicos:

A distinção entre categorias normativas, especialmente entre princípios e regras, tem duas finalidades fundamentais. Em primeiro lugar, visa a *antecipar* características das espécies normativas de modo que o intérprete ou o aplicador, encontrando-as, possa ter facilitado seu processo de interpretação e aplicação do Direito. Em consequência disso, a referida distinção busca, em segundo lugar, *aliviar*, estruturando-o, o ônus de argumentação do aplicador do Direito, na medida em que a uma qualificação das espécies normativas permite minorar – eliminar, jamais – a necessidade de fundamentação, pelo menos indicando o que deve ser justificado.¹⁶³

2.2.2.3 Razoabilidade e racionalidade

A Constituição brasileira de 1988 cobra publicidade e fundamentação das decisões judiciais (art. 93, IX). A exigência constitucional fundamenta-se sobre o exercício da parcela de poder público que é atribuída aos agentes do Poder Judiciário.

A racionalidade de decisões judiciais interessa para fins de controle sobre a sua justificação. A razoabilidade integra essas decisões, de maneira explícita ou não. A racionalidade integra a dimensão da explicação (como). A razoabilidade integra a dimensão da justificação (por quê).

No campo das decisões judiciais, a ideia de racionalidade envolve um encadeamento lógico e coerente de razões, um raciocínio relacional das razões de decidir não apenas em si mesmas (argumentação) como, também, em relação à ordem jurídica posta.¹⁶⁴ Já a razoabilidade envolve um juízo de valor, equilíbrio, sensatez. Prudência. Pode-se dizer, sucintamente, que *a razoabilidade escapa ao campo da racionalidade*.

¹⁶³ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 8. ed.. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 65.

¹⁶⁴ Cf. BARCELLOS, *op. cit.*, p. 39.

Fala-se, aqui, em *procedimento*. O produto do racional é aquilo que possa obedecer a um procedimento, a etapas que lhe facilitem o controle intersubjetivo. A pré-definição dessas etapas não apenas oferece atalhos ao esforço argumentativo do intérprete, como, também, permite fortalecer a legitimidade de sua decisão, a partir do momento em que tal procedimento seja amplamente aceito pelos respectivos concernidos. É o caso de uma proposta de método de decidir: identificação dos enunciados normativos em tensão e sua distinção recíproca, identificação dos fatos relevantes e sua relação com os respectivos enunciados normativos e, por fim, a decisão, atendendo a determinados critérios.

165

Fala-se, também, em *substância*. A substância fornece material para justificação daquele raciocínio lógico. A substância que preenche espaços no procedimento decorre da experiência humana, da reflexão, da espiritualidade e uso dos sentidos. A abertura da mente humana à diversidade de fontes informativas, de áreas do conhecimento, é determinante na parcela mais ou menos substantiva das decisões jurídicas. Trata-se de um conjunto de fontes informativas, somado ao modo que a mente e espírito humanos os processe. Há aqui material para a formação de um juízo de valor, para o razoável.

A razoabilidade e uma racionalidade presentes na decisão judicial serão controladas por meio de um *processo público constitucional*. O tema será desenvolvido no último capítulo. Por ora, cabe fazer uma conclusão parcial. O direito é construído e desconstruído cotidianamente. A jurisdição é uma pronúncia pública tomada com base nesse direito. Que ela seja constitucional significa que se opera à luz de uma constituição que também é prática, e que valoriza a igualdade entre os indivíduos da comunidade política a qual constitui tanto em uma dimensão formal, quanto em uma dimensão substantiva. Concorde-

¹⁶⁵ Em linhas muito gerais, essas seriam as etapas da proposta de ponderação formulada por Ana Paula de Barcellos, *op. cit.*, p. 91-146.

se, aqui, com Figueroa, quando diz que “Os desacordos em torno do que o Direito diz, são desacordos em torno do que o Direito é.”¹⁶⁶

Considerando as renovações teóricas no campo da interpretação e aplicação do direito, sobretudo em termos de argumentação jurídica e principiologia constitucional, o objeto de estudo que tem recebido enfoque por parte da dogmática jurídica é a prática jurídica e os mecanismos de controle sobre a racionalidade da decisão judicial. Afinal, como pontuado por Marcelo Neves, a própria dogmática jurídica vale-se das produções jurisprudenciais para construir as suas categorias normativas, e vice-versa.¹⁶⁷

Nesse caminho, os capítulos que seguem mostram categorias normativas construídas pela dogmática jurídica e também pela atividade legislativa a partir de decisões judiciais, e que, reversamente, também representam uma abertura para o exercício de atividade política judicial.

III - Estado democrático de direito

1 Fundamentos

1.1 Soberania popular e supremacia institucional

A Constituição brasileira de 1988, ao qualificar o Estado (de Direito) como *democrático*, prenuncia uma relação entre soberania popular e instituições políticas.

¹⁶⁶ FIGUEROA, *op. cit.*, p. 170.

¹⁶⁷ Nas palavras de Neves: "a dogmática refere-se à prática jurídica (especialmente dos tribunais e juízes com funções constitucionais) de aplicação de princípios e regras constitucionais para conceituar essas categorias normativas; os órgãos encarregados da concretização constitucional recorrem aos conceitos jurídico-dogmáticos dos princípios e regras constitucionais para aplicar as respectivas normas." (NEVES, Marcelo da Costa Pinto. *Entre Hidra e Hércules*. Princípios e regras como diferença paradoxal do sistema jurídico. 2010. 252 f. Tese (Concurso para professor titular do Departamento de Direito do Estado) - Universidade de Brasília, Brasília, 2010. p. 125)

Lembra José Afonso da Silva que o Estado de Direito consistiu em uma conquista liberal, cujas características básicas eram: *i)* submissão ao império da lei; *ii)* divisão de poderes; e *iii)* enunciado e garantia de direitos fundamentais.¹⁶⁸ Sob a Constituição brasileira de 1988, a República Federativa do Brasil constituiu-se em um Estado *Democrático* de Direito. O qualificativo democrático consagra o princípio da autolegislação, no sentido de que instituições sociais internalizadas pelo Estado destinam-se a viabilizar o governo do povo, pelo povo e para o povo. É um elemento que carrega um potencial de *transformação*.¹⁶⁹

A Constituição de 1988 cuida do Estado enquanto meio, e não fim.¹⁷⁰ Meio que viabilize o exercício do poder político de todos e de cada um, na constituição de uma comunidade política que assim se reconheça e assim possa se reconhecer. Tanto é assim que, para o exercício da democracia, a Constituição brasileira de 88 conjuga instituições representativas (eleições diretas) com mecanismos de participação popular na formação de decisões públicas (plebiscito, referendo, iniciativa popular). Ainda, os objetivos constitucionais condensados evidenciam que o fim último da Constituição da República Federativa do Brasil é dirigido ao desenvolvimento e bem-estar de seus cidadãos, razão de ser de toda a estrutura jurídico-institucional.¹⁷¹

O elemento democrático da República Federativa do Brasil é associado ao princípio da soberania popular. A soberania popular representa a ideia de que o poder político absoluto está nas mãos do povo. É o povo o detentor da última

¹⁶⁸ SILVA, *Curso...*, p. 112-113.

¹⁶⁹ *Idem*, p. 119.

¹⁷⁰ Embora sob ordem constitucional anterior, ainda são válidos os ensinamentos de Ataliba Nogueira, no que diferem Estado e Nação enquanto meios distintos para atingir a um único fim: "Nação e estado diferem quanto ao elemento humano que os forma, diferem quanto ao princípio unitivo objetivo e subjetivo, diferem quanto ao próprio fim natural de cada um, diferem, ainda, na estrutura, pois requer o estado soberania, ordem jurídica, poder, enquanto tais elementos são estranho à nação, sem falarmos em território.

Numa coisa, porém, não divergem: ambos são meios para a pessoa humana conseguir os seus fins." (NOGUEIRA, *op. cit.*, p. 148).

¹⁷¹ Eis o que se extrai do preâmbulo à Constituição: "[...] instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos [...]."

palavra sobre as questões de interesse público que digam respeito à comunidade política a qual constitui. O poder político soberano do povo pretende-se permanente, não transitório. É, portanto, insuperável.¹⁷²

A soberania popular, contudo, não se resolve em si. A complexidade do tecido social cobra a constituição de uma estrutura organizacional que viabilize o exercício do poder político pelo povo soberano. As instituições políticas integram essa estrutura. As instituições políticas, no Brasil, não só operacionalizam o exercício da soberania popular, como, também, permitem incluir no espaço político os que dele se encontrem excluídos. Reversamente, instituições, como antes dito, não existem em si, não configuram um fim em si mesmas. Daí que no modelo da República Federativa do Brasil soberania popular e instituições tenham uma – necessária – relação de reciprocidade. Instituições, portanto, têm papel essencial na viabilidade – e na vitalidade – da soberania. São, contudo, transitórias, variáveis, configuram-se de acordo com as necessidades históricas de seus constituintes. Por sua posição de importância em uma comunidade política, instituições são supremas; não são, contudo, soberanas, sendo esse qualificativo, na democracia brasileira, exclusivo do povo político.¹⁷³

Para a realização dos fins a que se destinam, as instituições exercem parcela de poder público atribuído pelo povo soberano. Trata-se de parcela de poder que circula em um conjunto institucional hoje condensado nos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.¹⁷⁴

¹⁷² O sufrágio está ligado ao sentido *jurídico* de povo, embora deste não se exclua uma interação com os sentidos *político* e *sociológico*. Sobre os conceitos, consultar: BONAVIDES, Paulo. *Curso de ciência política*. 10. ed.. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 74-78.

¹⁷³ José Calvo González, em introdução a texto de Gianluigi Palobella, explica que a soberania, enquanto poder último de decisão, é a do poder constituinte, que pertence apenas ao povo, e que como titular político o expressa através do grande pacto civil do poder cidadão, que é a Constituição. Então, a soberania só pode ser a da Constituição (do pacto civil dos soberanos) e não do Parlamento, da instituição Parlamento. (GONZÁLEZ, José Calvo. De la nostalgia civil: *la soberanía popular*. In: PALOMBELLA, *Constitución y soberanía*, p. XV)

¹⁷⁴ As contribuições teóricas de John Locke e Montesquieu, no que se refere à distribuição, exercício e controle do poder na esfera política, durante o período compreendido entre as metades dos séculos XVII e XVIII, viriam a ser de grande relevância para o próprio constitucionalismo (Cf. FIORAVANTI, *op. cit.*, p. 90-100). John Locke (1632-1704) teria sido o primeiro a formular de maneira clara e firme a fundamental distinção entre *poder absoluto* e

O poder público é distribuído porque, diversamente do tempo de Bodin e Maquiavel, a chave da estabilidade política não se encontra na concentração do poder, mas sim em sua distribuição, controle e equilíbrio.¹⁷⁵ A distribuição desse poder político opera-se via mecanismos de *desconcentração* e *descentralização*. A *desconcentração* ocorre em um nível originário, quando o poder público é atribuído originariamente a determinados agentes. A *descentralização* ocorre em um nível secundário, quando o poder público é distribuído institucionalmente a partir daqueles agentes aos quais fora atribuído parcela de poder público de maneira originária.

Essa distribuição do poder público destina-se não só ao exercício de competências constitucionalmente estabelecidas. Em paralelo, estabelece *limites* ao exercício desse mesmo poder. A atuação dos agentes públicos na execução de suas tarefas guia-se tanto por essa distribuição de competências, como, também,

poder moderado, configurando a máxima do constitucionalismo, segundo a qual quem tem o poder de legislar sobre os direitos dos indivíduos não tem nenhum poder de coação, e vice-versa. E é Montesquieu (1689-1755) que traz força à teoria de Locke, afirmando que os direitos dos indivíduos somente podem existir dentro de um regime político moderado, dotado de uma constituição igual ou semelhante à inglesa. Com efeito, Locke não previra um Poder Judiciário, mas sim, Poderes Executivo e Legislativo. A origem de ambos está na transferência de poder para um mesmo corpo político julgar causas, por meio de representação. É a proteção da propriedade feita pela elaboração e aplicação da lei que resolva o caso concreto: "And herein we have the original of the *Legislative* and *Executive Power* of Civil Society, which is to judge by standing Laws how far Offences are to be punished, when committed within the Commonwealth; and also to determin, by occasional Judgements founded on the present Circumstances of the Fact, how far Injuries from without are to be vindicated, and in both these to imploy all the force of all the Members when there shall be need." (LOCKE, *op. cit.*, p. 343)

¹⁷⁵ Cf. As preocupações que inspiraram o autor eram distintas, pois cuidavam de buscar estabilidade em um mundo politicamente instável. Daí a atribuição de soberania ao Príncipe, cujo principal poder era o de fazer e desfazer leis (além de declarar paz e guerra, julgar apelações de decisões dos magistrados, nomear e revogar nomeação de pessoas para altos cargos, cobrar impostos, garantir privilégios, dar valor à moeda): "Não é nem a cidade nem seus habitantes que fazem de uma cidade um Estado, mas sim a sua união sob um comandante soberano, mesmo que o que se tenha sejam apenas três famílias." E continua: "As pessoas renunciaram e alienaram seu poder soberano para investir o homem com todos os seus poderes, autoridades e direitos soberanos, da mesma forma que o homem dá ao outro os direitos de posse e propriedade sobre o que ele tenha." BODIN, Jean. *The six books of a commonweale*. Cambridge: Harvard University Press, 1962. p. 6 e 26-44. Em Maquiavel, encontra-se a distribuição de poder no que diz respeito à atribuição de cargos àqueles que ajudaram o Príncipe a conquistar essa posição. Mas também aqui não se trata de distribuição, controle e exercício de poder político, o qual se concentra na figura do Príncipe (ao menos, como ironiza Maquiavel ao longo do texto, se ele tiver inteligência suficiente para fazê-lo). Cf. MACHIAVELLI, Niccolò. *Il Principe*. Torino: Einaudi. 1995.

por sua limitação recíproca. É um desenho institucional fundado na conhecida fórmula de Montesquieu: o controle do poder pelo poder.¹⁷⁶

O controle do poder pelo poder reside, justamente, naquilo que escapa ao controle operado pelo direito. Afinal, poder gera poder, de modo que tanto sua concentração, assim como sua exorbitância, somente podem ser controlados por ele mesmo, com o fim de evitar que suprima outras fontes de poder (inclusive o poder constituinte soberano). Conforme observa Hannah Arendt, a partir de Montesquieu:

O poder pode ser refreado e ainda ser mantido intacto apenas pelo poder, de modo que o princípio da separação dos poderes não apenas provê uma garantia contra o monopólio do poder por uma parte do governo, como na realidade provê um tipo de mecanismo, construído no próprio coração do governo, por meio do qual novo poder é constantemente gerado, sem, no entanto, ser apto a crescer além do limite e expandir-se em detrimento de outros centros e fontes de poder.¹⁷⁷

Nesse caminho, pode-se dizer que, sob a Constituição de 88, o que se entende por separação dos poderes expressa equilíbrio entre poder público (institucional e alternável) e poder político (popular e soberano). O poder público sobre o qual se funda a tese da separação de funções, sabe-se, é uno e indivisível.¹⁷⁸ Esse poder público, uno e indivisível, é às instituições atribuído pelo povo soberano. Daí que as funções executiva, legislativa e judicial sejam *legitimamente*¹⁷⁹ exercidas onde o povo soberano encontre expressão de seu poder político, ou seja, o seu *poder de constituição de uma comunidade política* (seja em termos de representação, seja em termos de participação).

As funções legislativa, executiva e judicial configuram, conforme antes apontado, e no dizer de Kelsen, uma divisão – jurídica – de tarefas. Uma racionalização de trabalho. Essas funções são compartilhadas pelos agentes dos

¹⁷⁶ MONTESQUIEU, *op. cit.*, p. 167.

¹⁷⁷ ARENDT, *op. cit.*, p. 142-143.

¹⁷⁸ Assim observa José Afonso da Silva, embora refira-se ao poder da esfera institucional como *poder político* ou *poder estatal*. Cf. SILVA, *Curso ...*, p. 107.

¹⁷⁹ Lembre-se, conforme apontado no Capítulo 2, acima, que não há falar em direito senão em direito *legítimo*.

três poderes. Com efeito, o Judiciário, por exemplo, não só julga, como também administra, emite atos normativos e, inclusive, tem certa participação na gestão governamental.¹⁸⁰ Haverá, todavia, concentração de uma das funções em cada ramo do poder. Do contrário, a racionalização tripartite não faria sentido. De qualquer maneira, ao fim e ao cabo, quando o povo soberano não encontrar, em uma dessas instituições, espaço para expressão e exercício de seu poder político, as demais instituições serão acionadas para suprir essa demanda. Essa é uma forma de equilíbrio entre os poderes constituídos. O poder público, porque atribuído, não corre o risco de permanecer concentrado em uma ou outra instituição.¹⁸¹ Ninguém captura o poder. Ele simplesmente flui.¹⁸²

1.2 Agentes públicos e agentes políticos

Agentes públicos é expressão que designa "generica e indistintamente os sujeitos que servem ao Poder Público como instrumentos expressivos de sua vontade ou ação, ainda quando o façam apenas ocasional ou episodicamente."¹⁸³

¹⁸⁰ Exemplo disso é a atuação correicional das Corregedorias de Justiça, a atividade normativa do Conselho Nacional de Justiça, as decisões do Supremo Tribunal Federal que declaram a inconstitucionalidade de leis de natureza tributária.

¹⁸¹ Ou em um homem ou assembleia de homens, à maneira de Hobbes (HOBBS, *op. cit.*, p. 220-221). De acordo com Hobbes, uma multitude de homens forma uma única *Pessoa*, quando são por um homem, ou por uma Pessoa, representados. "Pois é a unidade do representante, e não a unidade do representado, que faz da pessoa Uma só. [...] Unidade não pode ser entendida como multitude." A assertiva não ignora a regra da maioria. É que, para Hobbes, a maioria deve ser considerada como falando por todos, e não só por alguns: "And if the Representative consist of many men, the voyce of the greater number, must be considered as the voyce of them all."

¹⁸² A assertiva é tributária do pensamento de Foucault, embora o autor fale da fluidez do poder em uma perspectiva de crítica à fluidez de um poder normalizador dos *sujeitos*. O poder (as relações de poder), segundo Foucault, institucionaliza a busca da verdade, "profissionaliza", "recompensa", instituindo-se através de práticas de normalização. A adequação dos *sujeitos* a essas práticas, às normas, realiza aquilo que se tem como verdade. Disso decorrem *relações de sujeição*, através das quais se podem fabricar sujeitos adequados às práticas de normalização instituídas pelos discursos que se pretendem totalizantes, verdadeiros. Foucault pretende fazer com que, em lugar da soberania e da obediência, enquanto discursos dominantes, apareça o problema da dominação e da sujeição. A dominação e a sujeição seriam possíveis por não se identificar de onde vem o poder, já que este é algo que circula, um encadeamento, não tem origem definida, ninguém o detém. "O poder funciona [...] transita pelo indivíduo que ele constituiu" (FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade*. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 25-35)

¹⁸³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 248.

Os agentes públicos manejam parcela de poder público para o exercício de funções estatais, integrando o aparelho estatal ou não.¹⁸⁴

O sentido de agentes políticos aqui trabalhado é diverso daquele empregado no campo do direito administrativo, por exemplo.¹⁸⁵ Por agentes políticos entende-se os membros de uma comunidade política que se assumem como efetivos participantes de uma esfera pública de deliberação, a partir de suas respectivas posições. O agente político assim considerado *age* em relação aos demais na expectativa de interferir, com decidibilidade, na condução dos assuntos públicos, dos assuntos de interesse público.¹⁸⁶

Desde logo é possível concluir que agentes públicos são (ou, ao menos, *deveriam ser*) agentes políticos (embora a recíproca não seja necessariamente verdadeira).

A ação política envolve o convencimento e persuasão dos demais concernidos no processo de formação de decisões sobre questões de interesse público. Envolve, também, participar deste processo carregando consigo suas próprias convicções éticas, pré-juízos e pré-concepções de mundo, as quais interferem, com a consciência do agente ou não, na ação dialógica e, por consequência, na decisão pública em si.¹⁸⁷

¹⁸⁴ MELLO, *op. cit.*, p. 249-250.

¹⁸⁵ Aqueles que detêm "cargos estruturais à organização política do país" (MELLO, *op. cit.*, p. 251), ou "componentes do Governo nos seus primeiros escalões" (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 75).

¹⁸⁶ A ideia de agentes políticos aqui adotada, é tributária do pensamento de Hannah Arendt. "A *polis* regularizava ação política, e isso queria significar que a vida política era conduzida por meio do discurso. Mas discurso *é* ação; é mais verdadeiramente ação do que ações físicas fossem ou pudessem ser. O cerne da compreensão de Arendt sobre ação [política] em seus escritos é que a autêntica ação política é discurso – não necessariamente discursos formais, mas conversas, trocas de pontos de vista – à maneira de persuasão e dissuasão. O discurso político é deliberação ou discussão enquanto parte de um processo de decisão sobre alguma questão pertinente ao interesse público." (KATEB, George. Political action: its nature and advantages. In: VILLA, Dana (Ed.). *The Cambridge Companion to Hannah Arendt*. New York: Cambridge University, 2000. p. 133.)

¹⁸⁷ Duncan Kennedy, por exemplo, demonstra que o agir judicial é ideológico sempre, independentemente da consciência ou não do agente público nesse sentido. Cf. KENNEDY, Duncan. *A Critique of Adjudication*. Fin de siècle. Cambridge: Harvard University Press, 1992. p. 157-179.

Sob a Constituição brasileira de 88, é possível identificar essa noção de agentes políticos no fundamento democrático da cidadania. Cidadania considerada de uma maneira ampla, e não limitada aos indivíduos detentores de poder político, cuja participação nos assuntos de interesse público poderia ser (restritivamente) entendida enquanto circunscrita ao direito de votar e ser votado.

¹⁸⁸ Essa concepção de cidadania é assim sintetizada por Clèmerson Clève:

O conteúdo do termo cidadão, vamos tomá-lo em sua dimensão dialética, para identificar o sujeito, aquele ser responsável pela história que o envolve. Sujeito ativo da cena política, sujeito reivindicante ou provocador da mutação do direito. Homem envolto nas relações de força que comandam a historicidade e a natureza da política. Enfim, queremos tomar o cidadão como ser, sujeito e homem a um tempo. O cidadão é o agente reivindicante possibilitador, na linguagem de Lefort, da floração contínua de direitos novos.¹⁸⁹

A cidadania, como mencionado, não se resume à prática de votar e ser votado. Ocorre em múltiplas frentes.¹⁹⁰ Nesse caminho, importa lembrar que o agente público, também ele, é cidadão. Cidadão que atua na esfera pública perpassado pelas dimensões da liberdade, igualdade e solidariedade.¹⁹¹ Que o agente público atue politicamente é menos questão de vinculação e um dever de natureza estritamente jurídica do que a um dever de cidadania. É uma questão de atitude.

O agente político, como antes dito, é cidadão que se reconhece como integrante de uma comunidade política a qual constitui, atuando com decidibilidade nesse sentido. Imperioso reconhecer, portanto, que também juízes são cidadãos, sendo perfeitamente possível que assumam uma postura política quando de sua participação na tomada de decisões públicas (decisões judiciais). Essa postura política é uma atitude, e nada há, no ordenamento jurídico

¹⁸⁸ CLÈVE, Clèmerson Merlin. O Cidadão, a Administração Pública e a Constituição. In: *Temas de Direito Constitucional* (E de Teoria do Direito). São Paulo: Acadêmica, 1993. p. 16. Uma versão do texto sensivelmente modificada pode ser encontrada em: CLÈVE, C. M. *Temas de Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. Optou-se, todavia, no presente estudo, por se fazer uso da versão anterior.

¹⁸⁹ *Idem, ibidem*.

¹⁹⁰ Cf. ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Cidadania e Constituição*. Mimeografado. Belo Horizonte, 1999.

¹⁹¹ *Idem*.

brasileiro, que a *proíba*. Há, sim, elementos institucionais que caracterizam limitações ao exercício desse poder político. Essas limitações ocorrem em um nível interinstitucional, em um nível intrainstitucional e em um nível relacional entre instituições e sociedade. O tema será mais bem desenvolvido no último capítulo deste trabalho.

Nada obstante todas essas limitações institucionais, conforme anteriormente mencionado espaços há em que o jurídico é incapaz de restringir eventuais excessos do político. Esses excessos somente podem ser limitados pela própria fluidez do poder público (e político).

Daí que haja um discurso sobre o que se tem chamado de ativismo judicial (e sua contra-face, que é a auto-contenção). No Brasil, o debate acerca do ativismo judicial, conforme pontua Luis Roberto Barroso, gira em torno de "uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes".¹⁹² Pode-se dizer que o ativismo judicial tem como principal argumento justificador a máxima promoção dos direitos fundamentalmente assegurados. Defende-se nesta frente que a intervenção judicial far-se-ia sempre necessária quando o Estado faltasse com as tarefas que lhe foram impostas pelo constituinte originário.¹⁹³ Tal intervenção, naturalmente, ocorreria quando o Judiciário fosse acionado para tanto.

De uma maneira geral, pode-se dizer que o ativismo judicial é identificado com a assunção, pelos juízes, de um compromisso com a guarda da Constituição de 88. Vê-se o ativismo ligado a discursos judiciais de correção de ações e omissões dos poderes constituídos quanto à sua vinculação aos comandos constitucionais; de erradicação da pobreza; também, de proteção dos mais necessitados, que precisariam do Judiciário para ter acesso aos serviços mínimos de saúde, educação e assistência social, na medida em que a parcela mais carente

¹⁹² BARROSO, Luis Roberto. *Constituição, democracia e supremacia judicial*. Direito e política no Brasil contemporâneo. Fonte: www.lrbarroso.com.br. Acesso em: 20 mai. 2013.

¹⁹³ Cf. OLSEN, Ana Carolina Lopes. *Direitos Fundamentais Sociais: efetividade frente à Reserva do Possível*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 253.

da sociedade civil não teria voz na formação da vontade política, ficando, assim, aliados do processo político democrático.¹⁹⁴

Ocorre que, se por um lado o ativismo deve, em muito, a certa atitude do intérprete, não se pode deixar de reconhecer que também este encontra terreno fértil para assim proceder. A Constituição de 88 contém enunciados normativos bastante abertos, os quais oferecem uma ampla margem de liberdade para a construção de sentidos pelo intérprete. Por outro lado, há a inércia dos agentes públicos eleitos quanto à efetividade de comandos constitucionais aos quais sejam vinculados, particularmente no campo das políticas públicas e da atividade legislativa.¹⁹⁵ Por outro lado, não parece ser possível deixar de reconhecer que as prerrogativas do cargo, o modelo jurídico-constitucional então vigente e o desequilíbrio em termos de exercício do poder político podem acabar conferindo uma roupagem de legitimidade a um decisionismo crônico e pernicioso à democracia.

¹⁹⁴ *Ibidem*, p. 294 e 308. Também: MORO, Sérgio Fernando. *Desenvolvimento e Efetivação Judicial das Normas Constitucionais*. São Paulo: Max Limonad 2001. p. 63; KRELL, Andreas J. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des) caminhos de um direito constitucional comparado*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002. p. 70.

¹⁹⁵ No que diz respeito às políticas públicas, exemplo maior são as inúmeras ações que postulam prestações para a garantia do direito à saúde, chegando ao ponto de se ter cogitado a criação de vara judicial especializada nessa matéria (...). E no que concerne à atividade legislativa, há o exemplo das decisões do Supremo Tribunal Federal que suprimiram a ausência de regulamentação do direito fundamental dos servidores públicos à greve e à aposentadoria especial, por insalubridade. Para o caso da aposentadoria especial, o entendimento do Tribunal foi fixado nos Mandados de Injunção 721 e 758, de relatoria do Min. Marco Aurélio, julgados em 30.08.07 e em 01.07.08, respectivamente, tendo sido reiterado em outros tantos mandados posteriores. Nesses processos, o Tribunal avançou ao abandonar o entendimento de que, em sede de mandado de injunção, caberia apenas a declaração da mora do Congresso Nacional na expedição da norma regulamentadora da Constituição. Assim, foi assentado o direito dos impetrantes, servidores públicos, à aposentadoria especial em razão do exercício de atividade insalubre, a ser exercido nos termos do art. 57 da Lei n.º 8.213/91. A decisão foi proferida com efeito apenas inter partes.

Já para o caso dos servidores públicos o entendimento foi fixado no julgamento dos MIs 670 e 708, Rel. Min. Gilmar Mendes, e 712, Rel. Min. Eros Grau, todos em 25.10.2007. Por ocasião da mudança de entendimento, o Tribunal assentou que o exercício do direito de greve seria garantido mediante a aplicação das Leis n.º 7.701/88 e n.º 7.783/89, vigentes para o setor privado, até que sobreviesse a pertinente regulamentação pelo Congresso Nacional, para o que se fixou o prazo de 60 dias. O Tribunal estabeleceu, ainda, parâmetros de competência jurisdicional para a apreciação de futuros *mandami*.

Eis a importância da construção de um discurso acadêmico no sentido de robustecer os espaços de deliberação no âmbito das decisões judiciais.¹⁹⁶ Decisões judiciais são decisões públicas, decisões de interesse público que operam restrições à liberdade política dos concernidos na comunidade política que integram e constituem. A participação dos concernidos na construção dessas decisões, bem como o seu controle, por distintos mecanismos (institucionais ou não), é imprescindível à elevação de seu grau de legitimidade. Daí a importância do processo constitucional, enquanto processo público de construção da constituição por uma comunidade aberta de intérpretes, conforme será visto mais adiante.

2 Objetivos

2.1 Liberdade e desenvolvimento

A liberdade é valor da mais elevada importância, conforme a nossa Constituição de 1988. Liberdade e igualdade são dois elementos essenciais ao conteúdo da dignidade humana, erigida como pedra-de-toque do Estado Democrático de Direito brasileiro.¹⁹⁷ A liberdade política, baseada no pluralismo, "converte-se em ponto de referência para a Constituição democrática", conforme observa Häberle.¹⁹⁸

Não por menos o constituinte de 88 previu garantias fundamentais para o exercício da liberdade em múltiplas frentes. A liberdade de imprensa; a liberdade de manifestação do pensamento; a liberdade religiosa; a liberdade artística; a liberdade intelectual; a liberdade de locomoção; a liberdade de associação; a liberdade para o exercício de trabalho, ofício ou profissão; a liberdade de

¹⁹⁶ Sobre o tema, e no que diz respeito à atividade judicial, conferir: GONÇALVES, Nicole Pilagallo Mäder. *Jurisdição constitucional na perspectiva da democracia deliberativa*. Curitiba: Juruá, 2012. Também sobre o tema: SOUZA NETO, *Teoria Constitucional e Democracia Deliberativa*, citado.

¹⁹⁷ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Capítulo 6. In: BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed.. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 402.

¹⁹⁸ Cf. HÄBERLE, *op. cit.*, p. 39.

iniciativa; a liberdade de acesso à jurisdição, todos são exemplos de que todo o ser humano é livre para seguir o caminho que julgar mais conveniente para seu próprio desenvolvimento, sendo dever do Estado e da sociedade zelarem pelo pleno exercício dessas liberdades, ainda que disso decorram restrições a essas mesmas liberdades. Basta que essas restrições sejam legitimamente aceitas pela comunidade de concernidos.

A esse valor liberdade, segundo José Afonso da Silva, corresponde "um poder de atuação do homem em busca de sua realização pessoal, de sua felicidade."¹⁹⁹ Nesse sentido, e conforme pontua Paulo Gustavo Gonet Branco, as liberdades "são proclamadas partindo-se da pessoa humana como ser em busca de auto-realização, responsável pela escolha dos meios aptos a realizar as suas potencialidades."²⁰⁰

As potencialidades humanas são múltiplas e, por essa razão, expressadas de distintas maneiras. Daí que se fale na proteção da liberdade por diferentes frentes (liberdade de expressão artística, intelectual, cultural). Com base nas múltiplas potencialidades humanas, Howard Gardner desenvolveu sua teoria sobre múltiplas inteligências.²⁰¹ As pontencialidades humanas são tratadas pelo autor como distintas *inteligências*. Daí a sua classificação em inteligência intra-pessoal, inter-pessoal, musical, linguística, lógico-matemática, espacial e cinestésica. Sabendo-se que, em essência, o ser humano é, como mencionado no primeiro capítulo, uma *multitude*, tem-se que quanto o mais lhe for propiciado um ambiente onde possa desenvolver as suas múltiplas potencialidades, mais atendido restará o valor fundamental da liberdade.

Por esse motivo é possível afirmar, com absoluta tranquilidade, que não existe desenvolvimento humano sem liberdade. O desenvolvimento do ser humano em suas múltiplas pontencialidades tem como condição de possibilidade

¹⁹⁹ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 33. ed.. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 233.

²⁰⁰ BRANCO, *op. cit.*, p. 402.

²⁰¹ Cf., do autor, *Frames of mind*. The theory of multiple intelligences. New York: Basic Books, 2004.

sua efetiva liberdade. A liberdade permite que o ser humano se reconheça em sua própria identidade, e seja reconhecido por seus semelhantes, também com uma identidade. E o desenvolvimento de um país, de uma nação, depende, de fato, do desenvolvimento dos indivíduos que lhe constituem. Daí que liberdade e desenvolvimento sejam objetivos primeiros de um país como a República Federativa do Brasil.

Neste campo, é importante lembrar que o ser humano é um ser com necessidades. Todo o ser humano possui necessidades (as necessidades humanas), fundamentais ou preferenciais. São necessidades que variam desde vestuário e alimentação (materiais), até necessidades de afeto, respeito e atenção (pode-se dizer espirituais), por exemplo. Max Neef entende que as necessidades humanas fundamentais são comuns a toda e qualquer cultura, sendo apenas os seus satisfatores variáveis historicamente e culturalmente. Sobre a distinção, afirma o seguinte: “Esta combinação permite operar com uma classificação que inclui, por uma parte, as necessidades de Ser, Ter, Fazer e Estar; e, por outra, as necessidades de Subsistência, Proteção, Afeto, Entendimento, Participação, Ócio, Criação, Identidade e Liberdade.”²⁰² Sem o atendimento das necessidades fundamentais, impossível ao ser humano alcançar o seu próprio desenvolvimento.²⁰³

²⁰² Cf. NEEF, Max. *Desarrollo a Escala Humana: una opción para el futuro*. Santiago: CEPALUR/Fundación Dag Hammarskjöld, 1986. p. 26-27. Tradução livre.

²⁰³ Amartya Sen é referencial no que diz respeito à remoção das “não-liberdades” (*unfreedoms*, ou, privações à liberdade) para que os indivíduos possam alcançar desenvolvimento. “Ver o desenvolvimento em termos de liberdades substantivas das pessoas tem implicações de longo-alcance para a nossa compreensão do processo de desenvolvimento, e também para as formas e meios de promovê-lo. Na perspectiva de valoração, está envolvida a necessidade de direcionar as necessidades de desenvolvimento em termos de remoção das privações às liberdades, de que os membros de uma sociedade eventualmente sofram. O processo de desenvolvimento, nesta perspectiva, não é essencialmente diferente do histórico de superação dessas privações. Na medida em que esse histórico é diretamente relacionado ao processo de crescimento econômico e acumulação de capital físico e humano, o seu alcance e cobertura vão muito além dessas variáveis [as privações às liberdades].” SEN, Amartya. *Development as freedom*. New York: Anchor Books, 2000. p. 33.

Por sua importância, reflexamente a Constituição de 88 contém um estatuto jurídico não só de garantia, como também de proteção das liberdades.²⁰⁴ No que diz respeito à proteção *judicial*, a Constituição de 88 prevê, no art. 5.º, as *ações constitucionais*, ou *remédios constitucionais*. O *habeas corpus* destina-se a corrigir a ilegalidade ou abuso de poder nas restrições à liberdade de locomoção (inc. LXVIII); o mandado de segurança (individual e coletivo) será concedido nos casos de ilegalidade ou abuso de poder contra direito líquido e certo (inc. LXIX e LXX); o mandado de injunção destina-se a assegurar o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania (LXXI); e o *habeas data* será concedido para proteger a liberdade de acesso a informações e à retificação de dados de cunho pessoal, quando se encontrem sob poder de entidades governamentais ou de caráter público (LXXII). Todos são instrumentos de proteção judicial das liberdades.²⁰⁵

Esses mecanismos de *jurisdição constitucional das liberdades*, associados a outros elementos do desenho constitucional brasileiro, viabilizam o exercício de um agir judicial político. Há os objetivos fundamentais da República – art. 3.º da Constituição: construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização; reduzir as

²⁰⁴ GRECO FILHO, Vicente. *Tutela constitucional das liberdades*. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 1-11.

²⁰⁵ De uma maneira indireta, outras ações constitucionais poderiam configurar instrumentos de proteção das liberdades. Apanhe-se, por exemplo, a ação popular. Com efeito, atos lesivos ao *patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural* (redação da Constituição), são capazes de gerar reflexos negativos ao exercício das liberdades constitucionais. Todavia, faltaria, às demais ações constitucionais, tanto o caráter mandamental, quando a sumariedade do rito procedimental. Nesse sentido, e sobre a ação popular, "No estudo deliberadamente não se incluiu a ação popular por não se considerá-la como um *writ*. Ela tem aspectos de *writs*, na medida em que representa um interdito público contra os desmandos praticados contra a coisa pública, mas não é um *writ* em toda a sua acepção. Poderia ser definida como um *writ* anômalo, mas nunca um *writ* em toda a sua natureza. A razão disso é simples: a ação popular, conquanto garantia constitucional, prevista diretamente na Carta, não tem caráter mandamental. Seu efeito ou é declaratório, ou constitutivo, ou condenatório. Demais, também não é meio sumário, expedito, que exige prova pré-constituída, mas sim ação de cognição bem mais ampla, com todos os meios de prova em direito admitidos." ACKEL FILHO, Diomar. *Writs constitucionais* (*habeas corpus*, mandado de segurança, mandado de injunção e *habeas data*). São Paulo: Saraiva, 1988. p. 3.

desigualdades sociais e regionais e promover o bem de todos sem quaisquer formas de discriminação. Os objetivos fundamentais da República são metas vinculantes a todos os agentes públicos, inclusive os que atuam o ofício da jurisdição estatal. É uma decorrência da normatividade constitucional, apontada anteriormente.

Há, ainda, o princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5.º, XXXV), o que leva a que disputas pela satisfação dessas necessidades humanas cheguem ao Judiciário, todos os dias. O estatuto constitucional de proteção das liberdades, aliado à vinculação dos poderes constituídos no que toca à satisfação das necessidades humanas fundamentais, reduz drasticamente a possibilidade do Judiciário negar-se a atender demandas sustentadas na cobrança pelos respectivos satisfatores, e eis que têm início disputas sobre certo ativismo judicial. Conforme anteriormente mencionado, juízes são agentes públicos, mas também agentes políticos, e que, muitas vezes, trabalham o ordenamento jurídico com vista a suprir as lacunas deixadas pelo legislador, e pelo administrador, no que diz respeito ao comando constitucional de dirigir *toda e qualquer ação estatal* ao atendimento das necessidades humanas fundamentais. Em última análise, à remoção de entraves ao desenvolvimento humano.²⁰⁶

A liberdade dos indivíduos enquanto valor transcendente a todas as suas inserções na sociedade justifica, segundo Cappelletti, o dever de sua proteção por todos os agentes estatais, e, particularmente, uma sua tutela jurisdicional (tanto no âmbito interno, quanto no âmbito internacional). Esse o sentido de *exigibilidade* do que se pode chamar de uma *jurisdição constitucional das liberdades*.²⁰⁷

²⁰⁶ Cf. SEN, *ibidem*.

²⁰⁷ Embora sob outro contexto histórico, ainda têm pertinência as palavras de Cappelletti no que diz respeito à relevância transcendente das liberdades, e os reflexos disso, no que diz respeito à vinculação dos poderes constituídos em sua garantia e proteção: "Esta relevância "ultra-individual" dos direitos fundamentais "do indivíduo", a qual descende a natureza dos seus objetos, ou seja, dos bens protegidos; e o fato de que a eles (quando realmente assumem a natureza de direitos) corresponda uma obrigação e, antes de mais nada, uma sujeição do Estado ou, quando menos (tal qual acredito) dos indivíduos que personificam e operam pelo Estado; tudo isso tem constituído um grande obstáculo à criação de uma eficaz [...] garantia jurisdicional

2.2 A constituição como reserva de justiça

A constituição como reserva de justiça traduz a ideia de que o território da *prática constitucional* corresponderia a um campo onde valores relevantes para uma determinada comunidade seriam resguardados frente a oscilações resultantes seja de uma dinâmica político-partidária, seja de uma dinâmica jurídica ultraestatal.²⁰⁸ A proteção de tais valores seria operada através de direitos, princípios e instituições, entendidos como *limites* e também como *mecanismos essenciais* ao exercício da democracia.²⁰⁹ A essa dimensão da constituição seria agregada a dimensão das práticas argumentativas, *locus* de construção de ideias de justiça, o que se justifica na inexistência de concepções apriorísticas ou universalizantes de bom e de justo.²¹⁰

A construção da constituição como reserva de justiça ocorre a partir de definições positivas acerca do que seja bom e justo, em retroalimentação com a compreensão que se ache vigente no seio da comunidade política. Trata-se, portanto, de um *ponto de encontro* entre a moralidade política e o direito positivo.²¹¹ Os caminhos para a chegada neste ponto de encontro são assim detalhados por Oscar Vilhena:

Tem-se, assim, quatro momentos distintos no processo de implementação dos preceitos de justiça. À filosofia ou teoria política cumpre formular princípios como paradigmas para a construção de uma ordem justa. Ao

dos direitos fundamentais, deixada à iniciativa dos indivíduos e consistente em um recurso contra os atos de império lesivos." Cf. CAPPELLETTI, Mauro. *La giurisdizione costituzionale delle libertà*. Milano: Giuffrè, 1955. p. 3. Tradução livre.

²⁰⁸ A expressão *reserva de justiça*, lembra Oscar Vilhena Vieira, é encontrável em CANOTILHO, *Direito Constitucional ...*, p. 1266-1267.

²⁰⁹ Cf. VIEIRA, Oscar Vilhena. A Constituição como reserva de justiça. In: *Lua Nova*, n. 42, 1997, p. 53-97. p. 61.

²¹⁰ Nesse sentido, CANOTILHO, *op. cit.*, p. 1268-1269. Também VIEIRA, *op. cit.*, p. 91-92: "Assim, sem abrir mão da literalidade da Constituição, das indicações que o próprio texto fornece para o preenchimento do conteúdo aberto das cláusulas que formam o cerne inalterável da Constituição, da doutrina e dos precedentes, deve o intérprete constitucional recorrer aos princípios da argumentação racional para ter a devida compreensão do conteúdo das cláusulas super-constitucionais, pois constituem aspirações a uma ordem justa, incorporadas pela própria Constituição."

²¹¹ *Idem*, p. 90.

legislador constitucional, por sua vez, cabe a função de decidir politicamente, por intermédio do procedimento democrático, a positivação dos princípios de justiça que julgar adequados, ou seja, transformar princípios morais em preceitos jurídicos vinculantes. Esta positivação, no entanto, não reduz por completo a abstração e abertura desses princípios à argumentação moral. Cabe à doutrina e à dogmática jurídica agir argumentativamente com o sentido de racionalizar e viabilizar a aplicação desses princípios. Trata-se, portanto, de uma atividade argumentativa e não decisória, porém mais limitada do que a do filósofo e do teórico político, pois o jurista age sob os parâmetros estabelecidos pelo legislador.²¹²

No que diz respeito à atividade judicial, nada obstante o *afunilamento* dessas concepções de bom e de justo, realizado desde a elaboração dos princípios morais até a sua positivação e desenvolvimento pela doutrina, tem-se que o trabalho do magistrado, no sentido de aplicar esses princípios, não perde em complexidade, haja vista a abertura semântica das cláusulas de base para a solução de conflitos envoltos de valores fundamentais (as normas constitucionais).²¹³

Com efeito, argumentos de *justiça* são recorrentemente levantados como razões de decidir, particularmente nos chamados "casos difíceis". A justiça/injustiça de uma decisão judicial é argumento não raro levantado, por exemplo, como justificação para a revisão de sentenças transitadas em julgado. Como sentenças injustas tem-se designado as sentenças contrárias "à moralidade", ao "interesse público", aos "princípios constitucionais". Alguns autores, inclusive, adotam a justiça como fundamento de sentenças nulas, para fins de revisão da coisa julgada. É o caso de Carlos Valder do Nascimento, para quem "como o erro de cálculo ou aritmético, a imoralidade, o injusto, o inconstitucional são, no plano do processo, elementos que concorrem para a nulidade dos atos judiciais."²¹⁴

Muitas vezes, por sentença injusta entende-se a sentença contrária à Constituição. É possível encontrar na doutrina referência a certa "coisa julgada

²¹² *Op. cit.*, p. 92.

²¹³ Cf. VIEIRA, *op. cit.*, p. 92-93.

²¹⁴ NASCIMENTO, Carlos Valder do. *Por uma teoria da coisa julgada inconstitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 101 e 107.

inconstitucional", para referir a essa sorte de sentença.²¹⁵ Nesse campo – da "coisa julgada inconstitucional" –, e com base em eventual injustiça de decisões judiciais, alguns autores chegam a identificar a relativização da coisa julgada como um *valor inerente* à ordem constitucional-processual.²¹⁶ Outros, por sua vez, afirmam que "os valores absolutos de legalidade, moralidade e justiça estão acima do valor segurança jurídica."²¹⁷

Volte-se à Constituição enquanto reserva de justiça. Concorde-se que a tese é compreensiva do sentido de Constituição histórica (e normativa) tal qual apresentado neste trabalho. Inevitável, porém, a pergunta: de que justiça se fala?

A variedade de contextos sociais, culturais, jurídicos, políticos nos quais se inserem os indivíduos conduz a que distintas experiências produzam distintos enfoques sobre o que seja justo.²¹⁸ Por exemplo, em uma perspectiva liberal, o justo estaria relacionado com os direitos individuais e os limites às suas restrições, ao passo que uma visão comunitarista alinharia um discurso sobre justiça mais próximo de um robustecimento dessas restrições. Tanto em uma quanto em outra perspectiva, caberia a *uma* (dentre várias) *teoria da justiça* construir critérios capazes de oferecer parâmetros para a identificação do justo, a partir de valores considerados significativos por uma comunidade política que se reconheça como tal.²¹⁹

Captar os valores fundamentais de uma dada cultura política, a fim de nela identificar uma teoria da justiça, é desafio enfrentado por distintas vertentes

²¹⁵ Aqui, apenas, uma observação. É que, inconstitucional não é, propriamente, a coisa julgada, a qual configura *qualidade de imutabilidade da sentença judicial*. Inconstitucional seria o *fundamento* da sentença que fez (ela sim) coisa julgada. É corrente na doutrina o uso de expressões como "coisa julgada inconstitucional", "decisão inconstitucional", "sentença inconstitucional" para carregar a idéia de *decisão judicial com fundamento inconstitucional e que fez coisa julgada*.

²¹⁶ É o caso de Cândido Rangel Dinamarco. Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. Relativizar a coisa julgada material. NASCIMENTO, Carlos Valder do (Org.). *Coisa julgada inconstitucional*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002. p. 52.

²¹⁷ DELGADO, José Augusto. Efeitos da coisa julgada e os princípios constitucionais. NASCIMENTO, Carlos Valder do (Org.). *Coisa julgada inconstitucional*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002. p. 95.

²¹⁸ Cf. CAMPBELL, Tom. *La justicia*. Los principales debates contemporâneos. Barcelona: Gedisa, 2002. p. 13.

²¹⁹ *Idem*, p. 14.

teóricas. Nesse respeito, retome-se a proposta de consenso sobreposto, de John Rawls. Em dadas condições políticas e sociais, há uma pluralidade de doutrinas distintas e incompatíveis entre si. Segundo Rawls, o liberalismo político reconhece e responde a esse fato, a que denomina “fato do pluralismo razoável”, mostrando de que maneira uma concepção política se ajustaria a doutrinas abrangentes diversas e até mesmo conflitantes: poderia ser objeto de um *consenso sobreposto* entre elas.²²⁰

Tom Campbell, por outro lado, insiste na dificuldade em se encontrar um consenso entre esses pressupostos de base. Campbell afirma que, por detrás das diferentes perspectivas sobre a justiça "encontram-se ideologias políticas e sociais rivais, diferentes visões do mundo que combinam compromissos sobre valores básicos com um conjunto de pressupostos acerca da natureza humana e da sociedade." Por essa razão, "todas as teorias vigentes da justiça são ideológicas no sentido débil de que estão imersas em uma visão particular de mundo."²²¹

Sem dúvida, a pluralidade de concepções²²² de bom e de justo pode acabar dificultando a clareza acerca do que seja relevante para a definição de justo em uma dada comunidade. Afinal, os juízos "acerca da prioridade de um valor são opiniões morais substantivas e a prioridade da justiça como um valor particular, uma vez que o olhemos à luz do dia, podem ser objeto de grandes dúvidas."²²³ Daí que, no caso das decisões judiciais, certa vertente teórica chame a atenção para o fato de que juízes, primeiro, definem “a sentença a que querem chegar”, fundamentando-a, apenas, *a posteriori*, conduzindo, pois, ao que se chamou de *ceticismo sobre as regras*, porque sempre superáveis por razões

²²⁰ RAWLS, John. *Justiça como equidade*. Uma reformulação. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 11. Ao lado das ideias de concepção política de justiça, fundamento público de justificação e razão pública, o consenso sobreposto faz parte da reformulação de sua teoria da justiça, pelo próprio autor.

²²¹ *Idem*, p. 18.

²²² Utiliza-se, aqui, o termo *concepções* no sentido dado pelo autor: "as diferentes concepções de justiça representam diferentes visões sobre o adequado conteúdo desses princípios" – no caso, dos princípios úteis para valorar as instituições sociais e políticas, e que, juntos, compõem o *conceito* de justiça. Cf. CAMPBELL, *op. cit.*, p. 22.

²²³ CAMPBELL, *op. cit.*, p. 26. Tradução livre.

morais (no caso, as razões morais do julgador).²²⁴

De qualquer forma, e como lembra Bruce Ackerman, toda a teoria da justiça deve tanto lograr justificar a premissa de que todos os indivíduos devem ser tratados com igualdade, quanto demonstrar que existem legítimas razões para que se proceda ao tratamento desigual.²²⁵ *Legítimas razões*. Por essa razão, Brian Barry sugere que uma saída para a busca de uma concepção de justiça adequada a uma dada comunidade, onde se respeite a pluralidade de convicções éticas, é o princípio da imparcialidade.²²⁶ No entanto, em se tratando da justiça através das instituições, em particular, instituições *públicas*, o grande problema é concebê-las instrumentalizadas por indivíduos de quem não se possa exigir um ideal de imparcialidade. Assim é que, para Álvaro de Vita, "o problema consiste em saber se é possível conceber instituições substancialmente mais igualitárias do que as que conhecemos hoje e que, ainda assim, não façam exigências motivacionais que não é razoável esperar que os indivíduos possam honrar."²²⁷

Em síntese, não parece ser possível compreender como justo um objeto dado, definido aprioristicamente.²²⁸

Amartya Sen oferece a proposta de compreender a justiça em termos concretos.²²⁹ O autor parte do pressuposto de que, embora não haja um consenso em torno do que seja justo, é possível confiar às pessoas que tomam decisões públicas uma compreensão sensata acerca do que seria *injusto*. Sen reconhece que emoções, instintos e aspectos psicológicos do agente são fontes de valoração

²²⁴ É o que se extrai de KENNEDY, Duncan. *Libertad y restricción de la decisión judicial*. El debate con la teoría crítica del derecho (CLS). Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 1999. p. 143-157.

²²⁵ ACKERMAN, Bruce. *La justicia social en el Estado liberal*. Centro de Estudios Constitucionales, 1993. p. 414.

²²⁶ A imparcialidade, segundo o autor, assumiria a forma de uma moral objetiva, a partir de uma perspectiva de justiça presente nas instituições. Cf. BARRY, Brian. *Teorías de la Justicia*. Barcelona: Gedisa, 2001. p. 308.

²²⁷ VITA, Álvaro de. *A justiça igualitária e seus críticos*. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007. p. 24.

²²⁸ Essa parece ser a posição de José Delgado, ao postular que o princípio da moralidade subordina qualquer ato público, autorizando, pois, a quebra da coisa julgada de decisão contrária a esse princípio. DELGADO, *op. cit.*, p. 79.

²²⁹ Cf. SEN, Amartya. *The Idea of Justice*. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2009. "A justiça está ligada ao modo como correm as vidas das pessoas, e não apenas com a natureza das instituições em seu entorno." (*op. cit.*, p. x-xi). Tradução livre.

inescapáveis para a tomada de decisões políticas. Contudo, tais fontes de valoração não seriam independentes, pois dependeriam, afinal, de uma justificação racional (*reasoning*). Daí o autor alinhar a sua ideia de justiça com uma teoria da democracia: *injusto* seria "não dar a alguém aquilo que lhe seja de direito sem uma justificação racional", sendo que essa justificação seria controlável através do escrutínio sobre decisões públicas.

Acima de tudo, Sen observa que, nada obstante a decisão que pretende corrigir uma situação de injustiça precise ser tomada isoladamente, ela não é *construída* isoladamente (mas sim comunicativamente, e daí a importância de Habermas e sua teoria da ação comunicativa), e nem tem um fim em si mesma: sujeita-se, sempre, ao escrutínio público. Eis as palavras do autor nesse sentido:

Compreender demandas por justiça não é um exercício mais solitário do que qualquer outra disciplina da compreensão humana. Quando tentamos determinar como a justiça pode ser avançada, há uma necessidade básica por justificação racional pública, envolvendo argumentos vindos de diferentes lugares e de diferentes perspectivas. Concordar com os argumentos contrários, porém, não necessariamente implica em que devemos esperar ser aptos a resolver as razões conflitantes em todos os casos, e chegar a posições de concordância sobre todas as questões. Soluções definitivas não são nem uma exigência da própria racionalidade de uma pessoa, nem a condição de uma razoável escolha social, incluindo uma teoria da justiça baseada sobre critérios racionais [*a reason-based theory of justice*].²³⁰

A constituição entendida como reserva de justiça compreende que o magistrado colabore argumentativamente na construção do direito. Compreende, também, que a garantia e proteção de direitos fundamentais vincule a todos os agentes públicos, os quais atuam com este fim dentro de suas respectivas competências.²³¹ A partir das mediações trabalhadas até aqui, acrescente-se que

²³⁰ *Idem*, p. 392. Tradução livre.

²³¹ A interação entre as concepções de bom e de justo que se constroem no seio social, e a atuação de agentes públicos (e políticos) vinculada à realização dos fins constitucionais, é assim colocada por Cármen Lúcia Antunes Rocha: "O juiz - já se sabe - é hoje o juiz da sociedade e não apenas o juiz do Estado. Quer-se dizer, o ponto de partida e de chegada de sua atuação considera o justo como entendido socialmente segundo a necessidade da sociedade, de cada um e de todos os indivíduos, e não apenas o que é interessante ou conveniente para a pessoa jurídica estatal. O ideal de justiça é formulado pela sociedade e para a sociedade e nela se resume. O Estado - meio de atingimento daquele ideal - patrocina e assegura a realização daquele valor supremo. É certo que deve haver uma sintonia entre o quanto é socialmente justo e o que é buscado pelo Estado. Mas a primariedade do conceito e valor de justiça a se realizar pelo

uma constituição entendida como reserva de justiça reconhece a possibilidade de juízes, em particular, decidirem sobre a justiça de situações concretas, sendo que a justificação racional de tais decisões é não só exigida como, reflexamente, objeto de escrutínio por parte de toda a comunidade aberta de intérpretes da constituição, da Constituição de 88.

Perguntado se confiar inclusive a sujeitos singulares a possibilidade de constituírem uma decisão justa - a seu critério - não seria otimista demais, Sen respondeu: "mas, se não formos otimistas, o que é que sobra?"

3 Uma democracia constitucional

O arranjo político de uma *democracia constitucional* é tributário da ideia de que um núcleo de direitos deve ser resguardado das mudanças resultantes da manifestação de vontade de maiorias eventuais.²³²

De acordo com Maurizio Fioravanti, uma compreensão de democracia constitucional teria começado a ser construída por uma doutrina do tempo histórico compreendido entre o final do século XIX e o início do século XX. Fioravanti sublinha este último período como marcado pela intensa política direcionada à fundação de repúblicas, tais como a República de Weimar, instaurada pela Constituição de 1919, e ao declínio de regimes totalitaristas, como o que se passava na Itália.²³³

próprio Estado tem sua fonte e a sua amostragem na sociedade." (ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O juiz na nova ordem estatal. In: _____. *Perspectivas do Direito Público* (Estudos em homenagem a Miguel Seabra Fagundes). Belo Horizonte: Del Rey, 1995. p. 248)

²³² Maurizio Fioravanti fala do *constitucionalismo* como um conjunto de doutrinas que, a partir da metade do século XVII, dedicou-se a recuperar os aspectos de *limite* e de *garantia* presentes no significado de constituição dos modernos, uma *norma fundamental* para garantir os direitos dos indivíduos. O constitucionalismo pretende propugnar a ideia de que é possível construir um poder que seja expressão da soberania, mas não por isso indivisível e ilimitado. Esse *movimento* teria surgido na Inglaterra, com a queda da monarquia e da constituição mista medieval, defendendo a necessidade de se construir uma ordem constitucional equilibrada e contrapesada, capaz de representar de forma razoável e duradoura o povo inglês, o que seria possível através de uma nova república. (FIORAVANTI, *op. cit.*, p. 85-100)

²³³ *Idem, ibidem.*

Nesse contexto, segundo o autor, não seria possível manter os modelos de constituição unicamente estatal, tal como o alemão, ou unicamente parlamentarista, tal como o inglês. A constituição carecia de enunciar as grandes decisões do poder constituinte, em conjunto com normas protetoras de direitos fundamentais; a constituição teria um conteúdo *político*, diretamente ligado à vontade constituinte do povo soberano, o que por sua vez a faria carregar um conteúdo *democrático*. Já não se pretendia limitar o ordenamento ao estabelecimento dos poderes e à remissão à lei para garantia de direitos; era hora de positivar os princípios fundamentais estabelecidos pela comunidade política como base da convivência civil.²³⁴

Em paralelo, buscaram-se *instrumentos institucionais* capazes de tutelar esses princípios fundamentais, notadamente os que preceituam a *inviolabilidade dos direitos fundamentais* e a garantia de *igualdade*. O desafio, portanto, seria realizar no plano político o encontro entre democracia e constitucionalismo, pois a constituição deveria ser o resultado de um *processo*, e não de uma outorga, *na medida em que é capaz de mediar, compor, de representar em seu interior a pluralidade das forças e dos concretos interesses existentes*.²³⁵

No campo da filosofia e da dogmática jurídicas, foi-se construindo um repensar de categorias teóricas em termos de interpretação e aplicação do direito. O momento filosófico de desenvolvimento desse movimento é o que se convencionou chamar de pós-positivismo, que "busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral do Direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas."²³⁶ Esse movimento, em grande parte, é impulsionado pela valorização da força normativa das constituições e pelo reconhecimento de suas múltiplas possibilidades interpretativas.²³⁷ Ao mesmo tempo, há, também, uma valorização dos princípios

²³⁴ *Idem, ibidem.*

²³⁵ *Idem*, p. 103-105.

²³⁶ BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luis Roberto. *Doutrinas essenciais*. V. 1. Teoria Geral da Constituição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 148.

²³⁷ Em termos de interpretação da Constituição em si, e do ordenamento jurídico infraconstitucional à luz da Constituição. Cf. BARROSO, *Neoconstitucionalismo...*, p. 148.

jurídicos, bem como o reconhecimento de sua normatividade, no campo da interpretação e aplicação do direito.²³⁸

E eis que está formado o terreno para o movimento ao qual se convencionou chamar de *neoconstitucionalismo*.

Não há consenso teórico quanto ao significado e uso do termo *neoconstitucionalismo*.²³⁹ O que se tem são compreensões sobre seus efeitos em distintas dimensões, como, por exemplo, no que diz respeito à positivação de direitos fundamentais, às renovações teóricas no campo da interpretação do direito, e ao fortalecimento da atividade judicial de guarda da constituição.

Vejam-se algumas posições nesse sentido.

Ferrajoli, por exemplo, afirma que o neoconstitucionalismo opera um regresso ao direito jurisprudencial pré-moderno, ocorrendo, de um lado, o colapso da capacidade reguladora da lei e um retorno ao papel criativo da jurisdição; e, de outro, a perda da unidade e coerência das fontes de Direito em razão de uma coexistência e superposição de diversos ordenamentos concorrentes.²⁴⁰ Diante disso, o autor questiona a possibilidade de sobrevir um terceiro modelo de Estado de Direito. Para este novo modelo, Ferrajoli substancialmente acredita na necessidade de uma Constituição que represente a integração jurídica das nações – respeitadas a pluralidade de culturas, tradições e experiências jurídicas – na medida em que uma Constituição serve não para representar a vontade comum de um povo, e sim para garantir os direitos de todos, inclusive em face da vontade popular. A realização de tal Constituição,

²³⁸ SARMENTO, *Neoconstitucionalismo* ..., p. 113.

²³⁹ De uma maneira geral, a expressão significa movimento da doutrina constitucional que não implica, necessariamente, em um corte paradigmático com o constitucionalismo moderno, e sim a superação deste apontando para uma verdadeira doutrina de interpretação constitucional. De acordo com as teses tidas como neoconstitucionalistas, qualquer decisão jurídica, em especial a judicial, deriva, em última análise, de uma norma moral. Segundo Miguel Carbonell, o neoconstitucionalismo ainda não é um modelo pronto, consolidado, em sua formação teórica e aplicação prática. Para se ter uma visão acerca do movimento neoconstitucionalista, ver CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo (s)*. Madrid: Editorial Trotta, 2003. No Brasil, conferir: BARROSO, Luis Roberto. *Neoconstitucionalismo (op. cit.)*; SARMENTO, *Neoconstitucionalismo: riscos e possibilidades (op. cit.)*.

²⁴⁰ FERRAJOLI, Luigi. *Pasado y futuro del Estado de Derecho*. In: CARBONELL, Miguel (Ed.). *Neoconstitucionalismo (s)*. Madrid: Editorial Trotta, 2003. p. 20-22.

segundo Ferrajoli, dependeria apenas da política e da vontade dos países mais fortes nos planos econômico e militar.

Paolo Comanducci, por sua vez, afirma que o constitucionalismo nunca pareceu pretender contrapor uma teoria que tomasse o lugar das teses positivistas, dominantes no século XIX e na segunda metade do século XX.²⁴¹ Nesse caminho, o neoconstitucionalismo se apresentaria não só como ideologia e sua respectiva metodologia, mas também como teoria *concorrente* com a positivista. E aqui é que Comanducci faz o cotejo entre as teorias do positivismo teórico, ideológico e metodológico de Bobbio e algumas teorias do neoconstitucionalismo.

Com relação ao positivismo *teórico*, Comanducci começa destacando que não mais se sustentam as características principais do positivismo teórico do século XIX, quais sejam, o estatalismo, o legicentrismo e o formalismo interpretativo. Em oposição, o neoconstitucionalismo traz outro objeto de investigação teórica, qual seja, o documento constitucional, ao que ofereceria um modelo *axiológico* (e não apenas *descritivo*) da Constituição como norma.

Quanto ao positivismo *ideológico*, de acordo com o autor, o neoconstitucionalismo opõe-se ao positivismo na medida em que propõe não apenas uma Constituição como limitação do poder estatal, mas como meio de proteção dos direitos e liberdades fundamentais. Logo, o neoconstitucionalismo propõe a ampliação dos sucessos do processo de constitucionalização, defendendo uma obrigação *moral* de obedecer a Constituição e as leis que lhe são conformes. Aqui, Comanducci tece uma crítica: o autor acredita que a ponderação de princípios, presente no neoconstitucionalismo ideológico, bem como a interpretação moral da Constituição, diminuem o grau de “certeza do Direito”.²⁴²

²⁴¹ COMANDUCCI, *op. cit.*, p. 82-87.

²⁴² "Dado que alguns de seus promotores (penso, por exemplo, em Alexy, Dworkin e Zagrebelsky) entendem que, nos ordenamentos democráticos e constitucionalizados contemporâneos, produz-se uma necessária conexão entre Direito e moral, o neoconstitucionalismo ideológico mostra-se inclinado a entender que é possível subsistir, hoje, uma obrigação moral de obedecer a Constituição e as leis que são conformes à Constituição. Neste sentido em específico, o neoconstitucionalismo pode ser considerado como uma variante

Por fim, tocante ao positivismo *metodológico*, Comanducci ressalta que o neoconstitucionalismo lhe é contrário na medida em que sustenta serem os princípios constitucionais uma ponte entre o direito e a moral. Para o neoconstitucionalismo, qualquer decisão jurídica, e, em particular, a decisão judicial, estaria justificada pelo fato de derivar, em última análise, de uma norma moral.

Por sua vez, Luis Prieto Sanchís procede a uma análise da ponderação judicial à luz de um neoconstitucionalismo.²⁴³ Sanchís começa delineando o dilema que o neoconstitucionalismo se proporia a solver: de um lado, há Constituições que são garantidas, mas não possuem conteúdo normativo; de outro lado, há Constituições com conteúdo relativamente normativo, mas que não são garantidas. Segundo o autor, a solução proposta pelo neoconstitucionalismo é a de uma *Constituição normativa garantida*: nela, a eficácia das normas supremas não depende de nenhuma vontade do legislador, e sua garantia supõe que seus preceitos podem ter efeito através de procedimentos judiciais existentes para a proteção dos direitos fundamentais. As normas constitucionais deixam de estar confinadas entre a Constituição e as leis, posto que possuem aplicabilidade imediata.

Segundo Sanchís, o neoconstitucionalismo traz a ideia de uma nova teoria de interpretação jurídica, voltada à ponderação de princípios, e, destaque-se, não somente daqueles que se encontram insertos na Constituição, mas igualmente daqueles positivados na normatividade infraconstitucional. Conforme afirma Sanchís, “ponderar é buscar a melhor decisão [...] quando na argumentação concorrem razões justificatórias conflitivas e de igual valor”, sendo que esta decisão poderá, ainda, servir como parâmetro para casos posteriores semelhantes, diante do que o autor afirma que poderia haver, portanto, uma espécie de

moderna do positivismo ideológico do século XIX, que predicava a obrigação moral de obedecer a lei." (*op. cit.*, p. 86)

²⁴³ SANCHÍS, *op. cit.*, p. 123-158.

subsunção do fato em discussão ao que resultar daquele prévio juízo de ponderação.²⁴⁴

O autor observa que a proposta neoconstitucionalista de *limites a toda e qualquer forma de poder* não se dirige à esfera *administrativa*, apenas; dirige-se, igualmente, à esfera *legislativa* e, de maneira relativizada, à esfera *judicial*, na medida em que esta será a responsável pela guarda da constituição. Para tanto é que se mostra fundamental uma teoria da argumentação capaz de garantir a racionalidade e o consenso acerca das decisões judiciais.

Finalmente, Prieto Sanchís faz uma síntese: coloca que o neoconstitucionalismo requer uma nova teoria de fontes do Direito alienada do legalismo; uma nova teoria da norma que considere a problemática da ponderação de princípios, e uma reforçada teoria da interpretação, nem puramente mecanicista nem meramente discricionária, mas pautada na necessidade de uma plausível argumentação jurídica.

As distintas compreensões sobre o neoconstitucionalismo (ou, sobre o constitucionalismo contemporâneo) envolvem renovações no que diz respeito ao papel reservado ao Estado de Direito sob o constitucionalismo posterior às duas grandes guerras mundiais. Envolve, sobretudo, o manejo de instrumentos institucionais para a proteção das garantias constitucionais, particularmente, o controle judicial da constitucionalidade. Nesse caminho, Fioravanti coloca que uma fórmula plausível seria a da *democracia constitucional*, a qual, segundo o autor, busca um equilíbrio entre o princípio democrático, legitimado pelas instituições da democracia política, e a concepção de limites ao exercício da política, com fundamento na força normativa da constituição e no controle de constitucionalidade dos atos dos poderes constituídos.²⁴⁵

A República Federativa do Brasil alinha-se a esse modelo. O Estado Democrático de Direito brasileiro erige-se sobre a soberania popular e a proteção da dignidade da pessoa humana. Assegura o exercício dessa soberania através de mecanismos de participação direta e indireta na construção de decisões públicas

²⁴⁴ *Idem*, p. 137.

²⁴⁵ FIORAVANTI, *op. cit.*, p. 142-164.

(as eleições, o referendo, o plebiscito e a iniciativa popular, como antes visto, são exemplos). Assegura, também, como mola propulsora do exercício dessa mesma soberania, um rol de direitos dotados de fundamentalidade não só formal, como, também, material. Já aqui se vê a relação de reciprocidade entre constitucionalismo e democracia.²⁴⁶ A Constituição (histórica e normativa) brasileira atribui, ainda, aos juízes o controle de constitucionalidade de atos legislativos e administrativos, para proteção daqueles direitos garantidos constitucionalmente (art. 5.º, XXXV).²⁴⁷ Parte-se do pressuposto de que nosso modelo constitucional reconhece a legitimidade do mecanismo de controle judicial de atos políticos.

Neste ponto, é essencial destacar a relevância da fundamentação e publicidade das decisões judiciais (art. 93, IX da CF), e seu respectivo controle público. Em uma democracia constitucional, na qual a juízes é atribuída a competência de controle da constitucionalidade de atos políticos e, também, na qual permanência e potencialidade de mudança convivem, o controle público sobre as decisões judiciais destina-se a aferir a fiel observância ao devido processo legal, e à dinâmica institucional de equilíbrio na distribuição, exercício e controle do poder público. Afinal, decisões judiciais são decisões políticas e públicas, de cujo processo de construção todos os interessados devem poder participar, dentro da racionalidade jurídica vigente. Como se vê, a legitimidade

²⁴⁶ Relação de reciprocidade que depende, sobretudo, que se apresente uma compreensão do que se entende por democracia e por constitucionalismo. Divergências em torno das conceituações dessas ideias, e que possivelmente conduzem a circularidades dentre autores referenciais no campo da teoria constitucional, é que aponta Nimer Sultany (*The State of Progressive Constitutional Theory: The Paradox of Constitutional Democracy And The Project of Political Justification*. No prelo pela *Harvard Law Review*. Original gentilmente cedido à autora.). Nessa mesma linha, Gianluigi Palombella observa que nos sistemas de democracia constitucional, há um problema semântico quanto aos termos democracia e constitucionalismo. A defesa do constitucionalismo (daquele que defende âmbitos subtraídos do poder político, como os direitos fundamentais) pode ser conservadora ou progressista. Será conservadora, que simplesmente nega à vontade popular profundas modificações, ou será progressista, ao entender que estas barreiras são úteis para frear o arbítrio de massas muito grandes, manipuladas, parciais. A posição democrática também pode variar: por um lado, pode buscar a difícil tarefa de conciliar a vontade da maioria com a vontade de cada um; e, por outro, nem sempre mostrar-se um caminho privilegiado para a justiça, pode ao fim garantir a vontade de apenas uns poucos. (PALOMBELLA, *op. cit.*, p. 5-11)

²⁴⁷ *Fiscalização e controle* de constitucionalidade são utilizados indistintamente no presente estudo.

de decisões políticas não depende apenas das instituições, as quais não se movem sozinhas. Depende, acima de tudo, de *pessoas* (agentes públicos e políticos), que são por quem e para quem elas funcionam, afinal.

IV - Direitos fundamentais

1 Filtragem constitucional

1.1 Horizontalidade

Os direitos fundamentais nasceram com o objetivo de representar limitações frente à interferência estatal nas liberdades individuais.²⁴⁸ Ocorre que, conforme observa Virgílio Afonso da Silva, em sistemas democráticos (notadamente pautados sobre o princípio da livre iniciativa), nem sempre é o Estado que representa a maior ameaça às garantias fundamentais dos indivíduos, e sim, outros particulares, principalmente quando dotados de algum poder social ou econômico.²⁴⁹ Daí se falar do efeito irradiante dos valores constitucionais

²⁴⁸ Cf. ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3. ed.. Coimbra: Almedina, 2006. p. 51. Também: SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito*. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 18.

²⁴⁹ SILVA, Virgílio Afonso da, *op. cit.*, p. 18.

também sobre as relações inter-privados, ao que se tem chamado de *horizontalidade* dos direitos fundamentais.²⁵⁰

A Constituição de 88 não contém cláusula expressa nesse sentido.²⁵¹ Todavia, uma interpretação sistemática da Constituição tem permitido à doutrina identificar um arcabouço normativo-constitucional que impõe também aos particulares o dever de respeito e proteção aos valores expressos através dos direitos fundamentais. Nesse sentido, Wilson Steinmetz, com base nas construções da jurisprudência e da dogmática do direito comparado, e amparado sobre dados positivos específicos da Constituição de 88, aponta o seguinte *feixe* normativo, capaz de sustentar uma dogmática da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais: *i)* o princípio da supremacia da Constituição; *ii)* o postulado da unidade material do ordenamento jurídico; *iii)* os direitos fundamentais como princípios objetivos; *iv)* o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana; *v)* o princípio constitucional da solidariedade; e *vi)* o princípio constitucional da aplicação imediata dos direitos fundamentais.²⁵²

Em particular, o princípio constitucional da solidariedade merece destaque. Dos fundamentos constitucionais apontados por Steinmetz, a solidariedade parece ser aquele que se dirige mais explicitamente aos particulares. Solidariedade, aqui, entendida em uma perspectiva ampla.²⁵³ Com efeito, a Constituição Federal de 88 considera a responsabilidade social como fator indispensável à promoção do desenvolvimento da sociedade brasileira. A

²⁵⁰ *Idem, ibidem*. O autor observa que não se trata de simplesmente transplantar para o âmbito das relações inter-privados a mesma racionalidade da relação particulares-Estado. Isso porque, se neste último caso apenas uma das partes é titular de direitos fundamentais, naquele caso ambas o são.

²⁵¹ Ao contrário do que ocorre no direito português, onde a Constituição de 1973 prevê, no art. 18, 1, que "a eficácia das normas consagradoras de direitos, liberdades e garantias e de direitos análogos na ordem jurídica privada." Cf. CANOTILHO, *Direito Constitucional*..., p. 421-422.

²⁵² STEINMETZ, Wilson Antônio. *Vinculação dos particulares a direitos fundamentais: eficácia jurídica*. Tese de Doutorado defendida no Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná. Curitiba: 2002. p. 68-90.

²⁵³ Já se cuidou do tema em outra oportunidade. Cf. PEREIRA, Ana Lucia. *A reserva do possível na jurisdição constitucional brasileira*. 277 f. Dissertação de Mestrado defendida no Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná. Curitiba: 2007. p. 209-219.

ideia é encontrável nos objetivos da República, sob o qualitativo de princípio fundamental, pelo qual se busca a construção de uma sociedade livre, justa e *solidária* (art. 3.º, I). Também, no Capítulo em que cuida da educação, da cultura e do desporto, a Constituição aponta outras formas de expressão da solidariedade.²⁵⁴ Indo adiante, no Capítulo em que trata da família, da criança, do adolescente e do idoso, há o dever de participação da sociedade na proteção dos direitos de todos.²⁵⁵ Some-se a esse rol o voto obrigatório, o dever constitucional de pagar tributos, dentre outros. Não por outra razão, Eugênio Facchini Neto associa o princípio constitucional da solidariedade à boa-fé objetiva contratual, como reflexo da *constitucionalização do direito privado*.²⁵⁶

Por outro lado, conforme observa Ingo Sarlet, nem todos os direitos fundamentais cobram o uso da tese da horizontalidade para que operem incidência no campo das relações privadas. Lembra o autor que, do rol do art. 5º da Constituição Federal, excluem-se os direitos que tenham por destinatários única e exclusivamente os órgãos estatais. A exemplo, os direitos políticos e algumas garantias fundamenais de cunho processual (mandado de segurança, *habeas corpus*).²⁵⁷ Excluem-se, também, os direitos que se dirigem diretamente aos particulares, por disposição constitucional. Como exemplos, o autor cita o direito à inviolabilidade de domicílio (art. 5º, XI), o sigilo de correspondência

²⁵⁴ No Título da Ordem Social, o art. 205 prevê que a educação é “direito de todos e dever do Estado e da *família*, será promovida e incentivada *com a colaboração da sociedade*, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.” (sem destaque no original)

²⁵⁵ O art. 229 traz um dever familiar, cujo cumprimento traz reflexos não só na individualidade do ente familiar, mas, também, no convívio social saudável: “Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.” O art. 227 é bastante elucidativo ao repisar e aprofundar este dever: “É dever *da família, da sociedade* e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade, e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.” (sem itálico no original)

²⁵⁶ FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang. [Org.]. *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 3. ed.. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 47.

²⁵⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 10. ed.. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 376-377

das comunicações telegráficas e telefônicas (art. 5º, XII), e os direitos dos trabalhadores os quais, em regra, vinculam os empregadores particulares.²⁵⁸

Apesar da não previsão constitucional expressa no sentido do efeito irradiante dos valores fundamentais também no campo das relações privadas, a tese da horizontalidade tem merecido maior atenção da doutrina. Isto decorre, em grande parte, a desenvolvimentos no que diz respeito à constitucionalização do direito (em particular, do direito civil).²⁵⁹ Fala-se sobre a possibilidade de se encontrar na implantação do modelo do Estado de Bem-estar Social efeitos no âmbito das relações privadas, haja vista maior interferência estatal na atividade econômica e na vida social.²⁶⁰ Ingo Sarlet entende que a construção da tese da horizontalidade, no Brasil, responde a uma "necessidade evidente de limitação do poder social" e também "às persistentes desigualdades sociais, culturais e econômicas".²⁶¹ Daí o autor afirmar que "Certamente o modelo de constitucionalização do Direito Privado também deve ser compatível com os desafios concretos de um determinado ambiente social, econômico, político-institucional e mesmo cultural."²⁶²

Nada obstante o discurso de garantia e proteção de valores fundamentais consagrados constitucionalmente, é importante observar que a Constituição protege, também, a autonomia privada, expressa na liberdade de contratar e ser

²⁵⁸ *Idem, ibidem.*

²⁵⁹ Sobre o tema: TEPEDINO, Gustavo. Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil. In: _____. *Temas de Direito Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004; FACHIN, Luiz Edson. A "Reconstitucionalização" do Direito Civil brasileiro. In: _____. *Questões do Direito Civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. A leitura do direito civil à luz dos valores constitucionais é assim exemplificada pelo autor: "Tome-se como exemplo a regulação do bem de família e direitos fundamentais. Partindo de uma premissa assumidamente controvertida, a de que o acesso à moradia é direito fundamental de natureza prestacional, uma investigação de feição Civil-Constitucional intentará evidenciar que somente uma hermenêutica extensiva do bem de família (quer legal, quer voluntário) poderá contribuir para a efetividade daquele direito, sistematizando julgados que problematizem tal questão. Mais que isso, debaterá, no campo da realização dos direitos fundamentais e da incidência do princípio da reserva do possível, bem como trazendo à colação os princípios da ponderação e da vedação do retrocesso, meios e instrumentos para o acesso ao bem de família e não tão-só a tutela do bem já existente." (*Op. cit.*, 15).

²⁶⁰ Cf. FACCHINI NETO, *Reflexões histórico-evolutivas ...*, p. 31.

²⁶¹ Cf. SARLET, *Neoconstitucionalismo...*, p. 35.

²⁶² *Idem, ibidem.*

contratado. Some-se a isso a dificuldade em identificar que os limites à autonomia privada decorram de um – legítimo – juízo moral, seja da parte contratada, seja da parte contratante, ou mesmo daquele que decide um conflito de interesses. A complexidade da questão é assim colocada por Virgílio Afonso:

Seria inconstitucional a conduta de um comerciante de origem japonesa que, ao contratar um novo balconista para a sua loja, exigisse alguém que também tivesse origem japonesa? Seria inconstitucional que se proibisse, via contrato, que os funcionários de uma determinada emissora de TV apareçam em programas culturais ou jornalísticos de outras emissoras? Em ambos os casos, como se pode notar, há uma potencial restrição a direitos fundamentais por meio de atos sem a apreciação estatal. A resposta a ambas as perguntas, ao contrário do que pode parecer à primeira vista, não é simples.²⁶³

Nesse caminho, é importante observar que há uma dimensão dos direitos fundamentais – aquilo que lhes configura o conteúdo essencial – cuja disponibilidade é subtraída de seus titulares.²⁶⁴ De qualquer maneira, em paralelo ao esforço da doutrina no sentido de construir categorias metodológicas para uma adequada incidência de valores fundamentais no campo das relações privadas, o modelo jurídico-institucional brasileiro permite que soluções concretas para o embate entre a autonomia privada e a proteção de valores fundamentais resida na esfera de competências judiciais. Como forma de contornar dificuldades decorrentes de tal competência (valoração judicial sobre os bens jurídicos em jogo, para eventual incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas), há as teses da eficácia horizontal *direta* e *indireta*, discutindo se a atuação judicial deveria depender de prévia intermediação dos representantes eleitos ou não.²⁶⁵ Essa questão, por outro lado, agrava-se em complexidade, haja vista a inconstitucionalidade da omissão legislativa (que não se confunde com

²⁶³ *Idem*, p. 20.

²⁶⁴ *Idem*, *ibidem*.

²⁶⁵ Cf. FACCHINI NETO, *Reflexões...*, p. 50.

mera lacuna técnica), ²⁶⁶ e a heterovinculação dos três poderes às normas de direitos fundamentais, ²⁶⁷ o que, justamente, conduz o julgador a agir.

Acima de tudo, a tese da horizontalidade expressa a força normativa com que direitos fundamentais atuam sob a Constituição brasileira de 88. A horizontalidade é tributária de uma *filtragem* do ordenamento jurídico infraconstitucional à luz dos preceitos e valores fundamentais consagrados constitucionalmente. ²⁶⁸ Os direitos fundamentais, por sua nota de fundamentalidade formal e material, e por uma compreensão que atravessa as lentes de uma teoria *externa* desses direitos, incidem, desde logo, sobre todas as relações jurídicas, de qualquer natureza, somente admitindo restrições que decorram de proteção recíproca. Certamente é este o motivo pelo qual Ingo Sarlet sustenta se que, para o caso brasileiro, valeria a hipótese de se reconhecer uma "eficácia direta *prima facie* dos direitos fundamentais também na esfera das relações privadas." ²⁶⁹ Ou seja, a superação da autonomia privada por valores fundamentais seria fruto de um sopesamento informado por limitações de ordem fática e de ordem jurídica. Uma vez que esse sopesamento ocorre, em grande parte, no terreno de disputas judiciais sobre bens jurídicos, ganha relevo o tema do controle sobre a fundamentação de decisões judiciais que apliquem a tese da horizontalidade.

²⁶⁶ Para uma distinção entre omissão legislativa e lacuna técnica, CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 327-356.

²⁶⁷ O tema será desenvolvido mais adiante.

²⁶⁸ "[...] o reconhecimento da força normativa da Constituição e do caráter vinculante dos seus princípios contribuíram decisivamente para que fosse desencadeado o processo de constitucionalização do Direito Privado, diante do qual a própria dicotomia Direito Público/Direito Privado tornou-se, para dizer o mínimo, extremamente relativa. Esta constitucionalização não apenas expulsou o Código Civil do centro do sistema, mas também catalisou mudanças significativas na ordem jurídico-privada, que passou a gravitar em torno da pessoa humana e dos seus valores existenciais. Operou-se, assim, uma verdadeira funcionalização dos direitos patrimoniais, que passaram a ser valorados como simples meios para o desenvolvimento da personalidade humana." (SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2. ed.. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 102-103.)

²⁶⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. Neoconstitucionalismo e influência dos direitos fundamentais no direito privado: algumas notas sobre a evolução brasileira. In: _____ [Org.]. *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 3. ed.. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 27.

A horizontalidade dos direitos fundamentais alinha-se à compreensão do direito enquanto espaço de inclusão e reconhecimento. Há uma superação das propriedades de generalidade e abstração em favor de um comando normativo que ordena a correção de um desequilíbrio de poder que possa resultar na supressão de valor fundamental assim considerado por uma comunidade política. Por essa razão é que a proteção da dignidade humana no campo das relações privadas impõe um ônus argumentativo sobre aquele que postula a proteção de sua autonomia. O controle sobre esse ônus argumentativo é operado pelas partes do processo, pelo juiz, pelas instâncias recursais e demais interessados (e envolvidos) na construção de uma decisão pública. Nesse caminho, o comando normativo-constitucional de tratamento isonômico configura argumento para potencial superação do princípio da autonomia privada.²⁷⁰

A tese da horizontalidade, tal qual apresentada, configura espaço para o exercício de atividade política pelo Poder Judiciário. Desde o momento em que se admite ser o julgador competente para decidir a relação de precedência entre a autonomia privada e o bem jurídico fundamental em jogo, abre-se espaço para que o agente político faça valorações e justifique escolhas orientadas por aquelas mesmas valorações. Há a possibilidade de uma integração da prática constitucional mediante um agir político voltado à realização de direitos fundamentais, sustentado sobre um dever de vinculação extensível, também, a outros destinatários que não o Estado.

A tese da horizontalidade merece valorização na medida em que protege a parte vulnerável em uma relação assimétrica de poder. Se, por um lado, não é possível negar a força normativa da Constituição, o dever de vinculação (dos particulares e dos poderes constituídos) aos direitos fundamentais, a filtragem constitucional, a constitucionalização do direito, dentre outras mediações que fortalecem um discurso de *efetividade* (ou seja, para além da eficácia) dos direitos fundamentais, por outro lado, é importante destacar com igual relevo que, conforme observado anteriormente, a normatividade dos direitos

²⁷⁰ Cf. STEINMETZ, *op. cit.*, 190-227.

fundamentais aponta para uma sua realização integral apenas *prima facie*. Ou seja, as circunstâncias do objeto da disputa deduzida em juízo não deixam de ser levadas em consideração por ocasião da decisão judicial, sobretudo frente ao princípio do devido processo legal, à garantia do duplo grau de jurisdição e ao dever de fundamentação das decisões públicas, particularmente, das decisões judiciais.

1.2 Dimensão objetiva e dimensão subjetiva

Atribui-se à normatividade dos direitos fundamentais uma dimensão subjetiva e uma dimensão objetiva.²⁷¹ De uma maneira geral, pode-se dizer que, de acordo com a dimensão subjetiva, as normas de direitos fundamentais garantem posições jurídicas de vantagem exigíveis judicialmente.²⁷² De acordo com a dimensão objetiva, as normas de direitos fundamentais vinculam o Estado (e também os particulares, e outros Estados) em todas as suas esferas de ação.

A dimensão subjetiva carrega consigo a ideia de que direitos fundamentais constituem feixes de posições jurídicas fundamentais.²⁷³ Trata-se de compreender os direitos fundamentais enquanto continentes de posições de vantagem assim reconhecidas por sua importância para a realização de valores relevantes à comunidade política a qual integram. Tais posições jurídicas de vantagem o são em relação ao indivíduo, titular de direitos fundamentais, e daí o caráter subjetivo dessa dimensão. Compreender uma dimensão subjetiva nas normas de direitos fundamentais não apenas fortalece a proteção jurídica de seus

²⁷¹ "Já tem sentido fazer a distinção para mostrar que os preceitos relativos aos direitos fundamentais não podem ser pensados apenas do ponto de vista dos indivíduos, enquanto posições jurídicas de que estes são titulares perante o Estado, designadamente para dele se defenderem, antes valem juridicamente também do ponto de vista da comunidade, como valores ou fins que esta se propõe prosseguir, em grande medida através da acção estatal." (ANDRADE, *Os direitos fundamentais...*, p. 115.)

²⁷² PISARELLO, Gerardo. *Los derechos sociales y sus garantías*. Elementos para una reconstrucción. Madrid: Trotta, 2007. p. 103-104.

²⁷³ Cf. ALEXY, *Teoria dos direitos fundamentais...*, p. 190-193.

titulares como, também, significa maior grau de realização do direito fundamental em questão.²⁷⁴

Pode-se dizer que a dimensão objetiva guarda relação com a eficácia irradiante dos direitos fundamentais sobre todo o ordenamento jurídico. A dimensão objetiva corresponde a um dever fundamental de observância e respeitabilidade dos valores abrigados pelos direitos fundamentais.²⁷⁵ Trata-se de uma vinculação dos poderes públicos, e também dos particulares, em alguma medida, naquilo que signifique respeito a valores compartilhados por uma comunidade política. Daí que a dimensão objetiva imponha restrições à dimensão subjetiva dos direitos fundamentais, desde a perspectiva de seus titulares individualmente considerados.²⁷⁶ Afinal, a eficácia jurídica irradiante dos direitos fundamentais sobre os atos de todos os agentes públicos e políticos impõe que opere de maneira igual em relação a todos os indivíduos, titulares de direitos fundamentais.

Uma mesma norma de direito fundamental possui ambas as dimensões, objetiva e subjetiva. A existência de ambas as dimensões conduz a distintos sopesamentos de valores quando da passagem do plano normativo-constitucional para o plano normado.²⁷⁷ No plano normativo-constitucional, os direitos fundamentais sujeitam-se a limitações de ordem fática e jurídica distinta daquelas que se impõem no plano normado. Por exemplo, no caso da dimensão subjetiva, que uma prestação de direito fundamental possa ser exigida judicialmente não depende de previsão constitucional que lhe assegure o *status* de direito (público) subjetivo. A configuração do direito no plano normado pode lhe atribuir esse sentido. É o que ocorre, no caso brasileiro, com algumas prestações do direito fundamental à saúde.²⁷⁸

²⁷⁴ SARLET, *A Eficácia...*, p. 155.

²⁷⁵ ANDRADE, *Os direitos fundamentais ...*, p. 115.

²⁷⁶ SARLET, *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 146.

²⁷⁷ Sobre a distinção, consultar: CLÈVE, *A Fiscalização abstrata...*, p. 253.

²⁷⁸ Entre os meses de abril e maio de 2009, o Supremo Tribunal Federal chegou a realizar audiências públicas com o fim de obter mais dados para o julgamento de processos nos quais se discutia a concretização do direito à saúde por meio do oferecimento, pelo Poder Público, de medicamentos e tratamentos de saúde. Processos de base: SL nº 47, SL nº 64, STA nº 36, STA

Não se deve confundir, todavia, observa Ingo Sarlet, a dimensão objetiva com uma espécie de reverso, ou "outro lado da moeda", da dimensão subjetiva. Pontua o autor que "às normas que preveem direitos subjetivos é outorgada função autônoma, que transcende esta perspectiva subjetiva, e que, além disso, desemboca no reconhecimento de conteúdos normativos."²⁷⁹ Ou seja, a dimensão objetiva guarda relação com a dimensão subjetiva na medida em que, por sua normatividade, gera efeitos que provocam a constituição de situações jurídicas de vantagem dedutíveis em juízo. São, propriamente, dimensões distintas, que *funcionalmente* operam de maneira diversa.

Particularmente, a dimensão objetiva dos direitos fundamentais leva a alguns desdobramentos teóricos. Há as teses da eficácia irradiante, da horizontalidade, e também do dever de proteção dos indivíduos, titulares de direitos fundamentais, face aos poderes públicos, particulares e outros Estados.²⁸⁰ No que diz respeito ao dever estatal de proteção, há o imperativo de tutela estatal e vedação da auto-tutela, haja vista o monopólio estatal do exercício da força. Esse dever estatal de proteção se materializa em medidas legislativas, governativas, administrativas e judiciais.

A Constituição brasileira de 1988 incorpora as teses da dimensão objetiva e subjetiva dos direitos fundamentais. No que diz respeito à dimensão objetiva, Ingo Sarlet cogita serem exemplos a proteção à participação individual em obras coletivas (art. 5.º, XXVIII), a proteção legal contra a automação (art. 7.º, XXVII) e a proteção do mercado de trabalho da mulher (art. 7.º, XX). Legislação infraconstitucional alinhada à fundamentalidade formal e material dos direitos fundamentais também expressa os efeitos da dimensão objetiva desses direitos. Por exemplo, a lei paulista n. 7.884/92, que assegura a meia entrada de estudantes em casas de diversão, esporte cultura e lazer; a lei federal n. 8.899/94, que concede passe livre, no transporte interestadual, a pessoas portadoras de deficiência; a lei federal n. 10.741/2003 (Estatuto do Idoso), no ponto em que

nº 185, STA nº 211, STA nº 278, SS nº 2.361, SS nº 2.944, SS nº 3.345, SS nº 3.355. Fonte: www.stf.jus.br.

²⁷⁹ SARLET, *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 144.

²⁸⁰ *Idem*, p. 147-149.

assegura a gratuidade dos transportes públicos urbanos e semi-urbanos a pessoas com mais de 65 anos.

No que diz respeito à atividade judicial, as dimensões objetiva e subjetiva assumem especial relevância. O material sobre o qual o juiz se debruçará em sua atividade interpretativa passa por um filtro que leva em consideração a dupla dimensão das normas de direitos fundamentais.²⁸¹ A dimensão objetiva, porque vincula o Estado, vincula também o julgador, enquanto agente estatal, impondo-lhe um dever de observância e proteção dos valores abrigados nas normas de direitos fundamentais. Impõe, também, que tenha em mente essa dimensão objetiva vinculante na análise do material jurídico apresentado pelas partes no processo. A dimensão subjetiva, por outro lado, autoriza um maior reconhecimento de posições jurídicas de vantagem aos titulares de direitos fundamentais, levando a que uma quantidade maior de pretensões sejam deduzidas em juízo, e submetidas à apreciação judicial.

Como se vê, a tese da dimensão objetiva e subjetiva dos direitos fundamentais amplia o espaço de atuação judicial, sempre sob um discurso de proteção dos bens jurídicos abrigados por direitos fundamentais. O dever de proteção que decorre da dimensão objetiva resulta em fortalecimento da própria dimensão subjetiva, pois o reconhecimento jurídico de um dever resulta na existência de um direito subjetivo, ocorrente a sua violação.

Admitindo-se que juízes se reconheçam como agentes políticos que atuam na construção da comunidade política a qual constituem, e que decidam com base em um direito cada vez mais pautado sobre critérios de inclusão e reconhecimento, as dimensões objetiva e subjetiva dos direitos fundamentais são mediações ampliativas do espaço para o exercício de uma atividade política da jurisdição constitucional.

2 Heterovinculação

²⁸¹ Cf. SARLET, *A eficácia...*, p. 147.

2.1 Aplicabilidade imediata e eficácia plena

A Constituição brasileira de 1988, no art. 5º, § 1.º, estabelece que "as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata".

Esse parágrafo tem representado cláusula de abertura para a efetivação judicial de garantias jusfundamentais em casos de omissões legislativas, e na solução de conflitos para os quais não haja prévia solução normativa (constitucional ou infraconstitucional). Daí, pois, ser relevante perguntar: qual o conteúdo e alcance da cláusula da aplicabilidade imediata de normas jusfundamentais?

Para que se possa responder à questão é necessário, primeiro, apresentar o que se entende por norma de direito fundamental para, em seguida, apresentar uma compreensão acerca do conteúdo e alcance desse dispositivo, em sintonia com uma ideia de norma de direito fundamental.²⁸²

Os direitos fundamentais, na Constituição brasileira de 1988, condensam valores de especial relevância para a sociedade brasileira. Tratam-se de valores diversos que, densificados juridicamente, possuem idêntica importância em abstrato, razão pela qual não se fala em hierarquia dentre as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais. Todas possuem igual valor normativo frente ao ordenamento jurídico pátrio.

Aqui reside a importância da tese de Robert Alexy acerca da estrutura das normas de direitos fundamentais enquanto princípios.²⁸³ A tese de Alexy parte de uma preocupação com a solução de casos difíceis envolvendo direitos fundamentais. No entender do autor, pelo fato de a maioria das normas que

²⁸² Conforme pontua Alexy, perguntar o que são normas de direitos fundamentais pode ser uma questão abstrata ou concreta. Será abstrata se se questionar por meio de *quais critérios* uma norma, em *qualquer ordenamento jurídico*, pode ser considerada uma norma de direito fundamental. Será concreta quando se questiona *que normas* de um *determinado ordenamento* são normas de direitos fundamentais ou não. É a questão concreta que nos interessa aqui.

²⁸³ O critério da proporcionalidade e suas três submáximas, tal qual desenvolvido por Alexy e que, no entender do próprio autor, são uma decorrência da estrutura de princípios enquanto mandamentos de otimização, tem sido largamente utilizado pela jurisprudência brasileira, ainda que, muitas vezes, de maneira superficial e criticável.

veiculam direitos fundamentais ter uma “*textura aberta*” e, também, levando em conta a *centralidade* que tais direitos assumiram nos ordenamentos jurídicos contemporâneos, é necessário construir um modelo que dê conta de contornar, racionalmente, essa abertura semântica e que, ao mesmo tempo, dê conta de manter, na solução de um caso concreto, a posição de alta relevância ocupada pelos direitos fundamentais. Daí o autor formular a tese de que normas de direitos fundamentais são mais bem adaptáveis ao modelo de princípios por conta de sua maleabilidade e, também, que esse modelo cobraria, para os direitos fundamentais, uma estrutura de mandamentos – ou deveres – de otimização.

O dever de otimização dos princípios, aplicado às normas de direitos fundamentais, consiste no comando deôntico de que as normas definidoras de direitos fundamentais sejam realizadas na maior medida possível.²⁸⁴ Fala-se na maior medida possível porque essa realização depende das circunstâncias fáticas e jurídicas que se impõem quando da densificação da norma do direito fundamental em questão. Afinal, a densificação de enunciados normativos encontra limitações de ordem fática e jurídica.

Essa densificação resulta de construções operadas pelo intérprete em um esforço de operar o direito posto dirigido à eficácia dos comandos constitucionais. O autor pontua que tais construções são necessárias justamente para identificar num caso concreto o que é devido, a partir dos enunciados normativos: “Se normas desse tipo não fossem aceitas, não ficaria claro o que seria obrigado, proibido ou permitido de acordo com o texto constitucional.” A esse tipo de relação entre as normas construídas pela jurisprudência e o texto constitucional Alexy chama de “relação de refinamento”. Porém, há um outro tipo de relação, a “relação de fundamentação”: entre a norma refinada e a que a

²⁸⁴ O comando deôntico parte do dever do Estado em relação à realização desses direitos, e em relação à eventual existência de um direito subjetivo. Por exemplo: “O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: [...]” (art. 208, CF); “É inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias” (art. 5.º, VI).

refina; ou seja, o Tribunal aceita essas normas porque a Constituição, segundo Alexy, conteria aquele enunciado.

Isso conduz às duas normas de direito fundamental na concepção de Alexy:

a) normas de direito fundamental diretamente estabelecidas pelo texto constitucional;

b) normas de direito fundamental atribuídas.

Assumindo essa posição, Alexy pontua que o *grande problema*, a grande discussão em torno dos direitos fundamentais é em grande parte uma discussão sobre que normas devem ser atribuídas às normas diretamente estabelecidas pelo texto constitucional (ou seja, que normas podem ser legitimamente construídas pelo intérprete).²⁸⁵ Segundo o autor, “saber se uma norma atribuída é norma de direito fundamental depende, portando, da argumentação referida a direitos fundamentais que a sustente.”²⁸⁶ Alexy reconhece os problemas dessa tomada de posição, mas contrapõe que, “mesmo que se abra mão do conceito de norma de direito fundamental atribuída, a questão acerca do que deve valer segundo as disposições de direitos fundamentais permanece com a mesma agudeza.”²⁸⁷ Esse conceito de norma de direito fundamental (atribuída) permite que se fale em descoberta²⁸⁸ de novos direitos fundamentais.

²⁸⁵ Para auxiliar na solução deste problema, Alexy oferece critérios para identificação do que seriam normas de direito fundamental atribuídas:

a) critério empírico: atribuídas seriam aquelas assim definidas pela jurisprudência e pela Ciência do Direito. Alexy diz que esse critério é relevante, mas é absolutamente insuficiente a referência a algo que já tenha sido decidido.

b) critério normativo: corresponde à busca por um critério jurídico, sociológico ou ético de validade. Porém, nenhum deles seria suficiente: recorrer ao texto (positivação), alerta Alexy, não dá conta das complexidades dos casos concretos. Além disso, os critérios ético e sociológico, por si sós, não atribuem validade. Mas todos são levados em consideração no âmbito do seguinte critério: “uma norma atribuída é válida, e é uma norma de direito fundamental, se para tal atribuição a um norma de direito fundamental diretamente estabelecida pelo texto constitucional, for possível uma *correta fundamentação referida a direitos fundamentais*.”

²⁸⁶ *Teoria dos direitos fundamentais...*, p. 74. Grifou-se.

²⁸⁷ *Idem*, p. 75.

²⁸⁸ A palavra *descobrir* foi utilizada por Virgílio Afonso da Silva na tradução consultada (p. 75, nota 57).

É da norma de direito fundamental atribuída que aqui se fala para discutir a atividade política da jurisdição constitucional, à luz da cláusula de abertura contida no art. 5.º, § 1.º da Constituição Federal.

A norma de direito fundamental atribuída resulta de uma interpretação sistemática da Constituição. Uma interpretação não restrita aos enunciados normativos deduzidos em juízo pelas partes. Conforme lembra Eros Grau, uma Constituição não pode ser interpretada "em tiras", ²⁸⁹ sob pena de o intérprete construir a solução do caso concreto a partir de uma visão parcial, incompleta da questão. Ademais, a constituição formal incorpora um projeto constitucional, um projeto de constituição de uma comunidade política que se reconheça como tal.

Uma compreensão sistemática da Constituição vai ao encontro do que estabelecido no parágrafo 2.º do mesmo artigo: "Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte." *Direitos e garantias decorrentes do regime e de princípios* significa que, para além das normas de direito fundamental estabelecidas no texto constitucional, a Constituição de 88 reconhece como legítimas, também, normas de direito fundamental atribuídas. ²⁹⁰

Volte-se ao que enunciado pelo constituinte no § 1.º do art. 5.º: "as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata." Quando o constituinte refere a "normas definidoras de direitos e garantias fundamentais", por certo não se refere apenas a enunciados normativos. Afinal, *enunciados normativos* não se confundem com *normas*, o mesmo sendo válido para *direitos e garantias*.

²⁸⁹ Cf. do autor: *A Ordem Econômica na Constituição de 88*, 15. ed., São Paulo, Malheiros, 2012.

²⁹⁰ O modo pelo qual se opera a construção dessas normas de direito fundamental, bem como a legitimidade do seu resultado, não será discutido aqui por caracterizar fuga ao tema ora proposto.

Quando se está falando da densificação de direitos e garantias fundamentais por meio da atividade jurisdicional, está-se falando de normas de direito fundamental atribuídas. O que significa, pois, reconhecer-lhes aplicabilidade imediata?

Há uma potencial aplicabilidade, ou *disposição para aplicação*, em todas as normas constitucionais.²⁹¹ Assim não fosse, negada estaria a própria força normativa, a normatividade da Constituição. Da *potencial* aplicabilidade resulta que normas constitucionais (dentre elas, as normas de direito fundamental) terão sua efetividade condicionada a distintos fatores. As normas que veiculam direitos fundamentais, em particular, por sua carga de fundamentalidade formal e material, ou seja, por sua importância na ordem jurídica brasileira, operam eficácia jurídica plena. Essa afirmação exige desdobramentos.

Sob ordem constitucional anterior, José Afonso da Silva, com seu trabalho sobre a classificação das normas constitucionais, deu início à chamada *dogmática constitucional da efetividade*.²⁹² Sob a Constituição de 88, Virgílio Afonso da Silva construiu a tese do conteúdo essencial dos direitos fundamentais, para defender que todas as normas de direitos fundamentais têm alguma potencialidade de restrição quanto à sua eficácia, e partem de um suporte fático amplo.²⁹³ Virgílio Afonso posiciona-se pela teoria externa dos direitos fundamentais.²⁹⁴ Assim, o autor aproxima direitos fundamentais de

²⁹¹ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7. ed.. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 80.

²⁹² A classificação proposta pelo autor das normas constitucionais em normas de eficácia plena, normas de eficácia contida e normas de eficácia limitada constituía em esforço doutrinário no sentido de extrair a máxima efetividade da Constituição. Que o autor seja reconhecido como o precursor de um movimento doutrinário pela efetividade das normas constitucionais, ao que seguiram Clèmerson Merlin Clève e Luis Roberto Barroso, é o que conclui Daniel Sarmento em: *Neoconstitucionalismo: riscos e possibilidades (op. cit.)*.

²⁹³ SILVA, Virgílio Afonso da. *O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais*. 377 f. Tese (Concurso para professor titular do Departamento de Direito do Estado) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005. p. 163-212.

²⁹⁴ Sobre a teoria externa dos direitos fundamentais, consultar ALEXY, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 276-340. Em outra oportunidade, trabalhamos o tema sob a ótica do argumento da reserva do possível, com base em tese de Ana Carolina Olsen (PEREIRA, Ana Lucia. A reserva do possível como restrição à efetividade dos direitos fundamentais sociais.

mandamentos de otimização *prima facie*, restringíveis *a posteriori*, e não continentes de limites imanentes que lhes limite a eficácia *a priori*. Dessa maneira, o autor foca a problemática da eficácia dos direitos fundamentais no exame de idoneidade dos atos restritivos a tais direitos. Assim é que uma dogmática dos direitos fundamentais estaria alinhada com o comando constitucional da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais.

Volte-se à questão da aplicabilidade imediata. A eficácia plena (ou aplicabilidade imediata) das normas de direitos fundamentais não se opera desde logo. Que normas de direitos fundamentais aproximam-se da estrutura de princípios enquanto mandamentos de otimização significa que encontrarão restrições no plano da efetividade, decorrentes de outras normas jurídicas e circunstâncias não jurídicas, sobretudo em termos materiais. Daí que a eficácia plena das normas de direitos fundamentais opere em duas frentes eficaciais: uma negativa e outra positiva.

A eficácia negativa diz respeito ao mandamento de abstenção, ou de não interferência do ente vinculado à sua efetividade. Trata-se de compreender a dimensão de *defesa* dos direitos fundamentais, para o exercício das liberdades.

Ocorre que mesmo os direitos de defesa, embora exijam, preponderantemente, uma abstenção estatal no intuito de não lhes obstar o exercício, também demandam alguma atuação estatal para sua efetivação: o direito de ir e vir sofreria restrições caso não fossem construídas estradas ou desenvolvidos sistemas de organização do trânsito; o direito à livre iniciativa de um sujeito poderia ser restringido pelo de outro, caso entes estatais não atuassem normativamente para compor interesses no âmbito da atividade econômica; o acesso à justiça seria limitado se não fossem despendidos recursos para a construção de varas judiciais no interior dos Estados, e assim por diante. Essa compreensão corresponde à eficácia positiva dos direitos fundamentais.

Como se percebe, a eficácia positiva diz respeito a uma atuação estatal. Concerne a ações comissivas, propriamente. Procedendo a um refinamento dessa atuação, chega-se ao nível de *prestações materiais para a realização de direitos fundamentais*. Quando essas prestações materiais identificam-se com aquilo que seja necessário à satisfação das necessidades humanas, chega-se àquilo que a doutrina denomina *mínimo existencial*, de que se falará no tópico seguinte.

Diante do que desenvolvido anteriormente, pode-se dizer que o art. 5.º, § 1.º da Constituição brasileira de 88, quando determina que normas definidoras de direitos fundamentais possuem aplicação imediata, tem seu *conteúdo* compreensivo não só dos enunciados normativos de direitos fundamentais, como também das normas de direito fundamental atribuídas. Com relação ao seu *alcance*, identifica-se com a eficácia plena, esta desdobrada nas eficácias negativa e positiva, conforme apontado.

A possibilidade de que normas definidoras de direitos e garantias fundamentais resultem do que Alexy chama de normas de direito fundamental atribuídas consiste em abertura para a definição judicial de direitos, para a construção judicial de decisões políticas com base em um direito pautado sobre as propriedades de inclusão e de reconhecimento. É a apontada eficácia positiva das normas constitucionais que veiculam direitos fundamentais que permite o exercício da atividade política judicial. Isso será visto em detalhe no tópico a seguir.

2.2 Garantia e proteção do mínimo existencial

A possibilidade de proteção judicial do mínimo existencial resulta da eficácia positiva dos direitos fundamentais.²⁹⁵

²⁹⁵ É o que se infere de Ana Paula de Barcellos, ao propor ser o mínimo existencial o núcleo sindicável da dignidade da pessoa humana. Cf.: BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais. O princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2002. p. 277-333. As considerações tecidas neste tópico tomam por base o desenvolvimento do tema tal qual feito em outra oportunidade (Cf. PEREIRA, *A reserva do possível na jurisdição constitucional brasileira*, p. 169-179).

Embora a jurisprudência fale em mínimo vital,²⁹⁶ está-se a tratar, aqui, do mínimo *existencial*. A doutrina aponta para certa dificuldade em se estabelecer um conceito de mínimo existencial. Isso porque o mínimo existencial seria uma confluência de valores ligados a necessidades sociais, e essas necessidades estariam sujeitas à variação, de acordo com cada contexto histórico. Para Ricardo Lobo Torres:

Carece o mínimo existencial de conteúdo específico. Abrange qualquer direito, ainda que originariamente não-fundamental (direito à saúde, à alimentação, etc), considerado em sua dimensão essencial e inalienável. Não é mensurável, por envolver mais aspectos de qualidade que de quantidade, o que torna difícil estrema-lo, em sua região periférica, do *máximo de utilidade* (*maximum welfare*, *Nutzenmaximierung*), que é princípio ligado à idéia de justiça e de redistribuição da riqueza social. Certamente esse mínimo existencial, “se o quisermos determinar precisamente, é uma incógnita muito variável”.²⁹⁷

Para Clèmerson Clève, a confluência dos direitos fundamentais sociais com o caráter irradiante do princípio da dignidade humana será a base de sustentação da obrigação do Estado consistente em respeitar o mínimo existencial.²⁹⁸ O autor afirma que “não há dignidade humana sem um mínimo necessário para a existência”, e que “o *mínimo existencial* implica, desde logo, o respeito a uma dimensão prestacional mínima desses direitos sociais.” Por fim, na mesma linha de Ricardo Torres, aduz que “o definir desse mínimo não é tarefa fácil”.²⁹⁹

Ricardo Torres sugere que alguns “interesses fundamentais” compõem esse mínimo necessário à existência digna dos cidadãos, tais como “Os direitos à alimentação, saúde e educação,” os quais, “embora não sejam originariamente fundamentais, adquirem o *status* daqueles no que concerne à parcela mínima sem a qual o homem não sobrevive”.³⁰⁰ Para Gomes Canotilho, a não observância da garantia constitucional do mínimo existencial (direitos sociais), por parte dos

²⁹⁶ Cf. AI n.º 2008.04.00.001503-8/RS, Rel. Juiz Federal João Pedro Gebran Neto. Decisão: 15 jan. 2008.

²⁹⁷ TORRES, Ricardo Lobo. *Os direitos humanos e a tributação: imunidades e isonomia*. Rio de Janeiro: Renovar, 1995. p.128.

²⁹⁸ CLÈVE, *A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais*, p. 38.

²⁹⁹ *Idem, ibidem*.

³⁰⁰ TORRES, *op. cit.*, p.133.

poderes constituídos, torna o Estado “infractor das obrigações jurídico-constitucionais impostas”, tendo em vista que um “rendimento mínimo garantido”, “prestações de assistência social básica” e “subsídio ao desemprego” integram um *standard* mínimo de existência “indispensável à fruição de qualquer direito.”³⁰¹ Ana Paula de Barcellos propõe o seguinte: “o mínimo existencial que ora se concebe é composto de quatro elementos, três materiais e um instrumental, a saber: a educação fundamental, a saúde básica, a assistência aos desamparados e o acesso à Justiça.”³⁰²

Ingo Sarlet alerta, contudo, que, nada obstante a necessidade de despesas para a garantia do mínimo existencial dos cidadãos, o Estado deve oferecer condições não para que o indivíduo meramente sobreviva, ou, em outras palavras, apenas garanta a sua existência, mas sim para que o cidadão possa desenvolver a sua própria dignidade autonomamente. Cuida-se, aqui, de assegurar o *mínimo existencial* em lugar do reduzido *mínimo vital*, apenas.³⁰³

Assim, chega-se ao entendimento de que o mínimo existencial, porque necessário para atender às necessidades essenciais à dignidade dos indivíduos, não poderá ser suprimido como resultado de ponderação de bens, quando em jogo a proteção de outros bens jurídicos, tais como os recursos financeiros.³⁰⁴

³⁰¹ CANOTILHO, *Direito Constitucional ...*, p. 470. Também, Ana Paula de Barcellos afirma que há um consenso lógico acerca do tema, no sentido de que “Não há quem possa, com seriedade intelectual, afirmar, por exemplo, que uma pessoa tem sua dignidade respeitada se não tiver o que comer ou o que vestir, se não tiver oportunidade de ser alfabetizada, se não dispuser de alguma forma de abrigo.” (*A eficácia jurídica dos princípios ...*, p. 254-255)

³⁰² BARCELLOS, *A eficácia jurídica ...*, p. 258.

³⁰³ SARLET, *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 341.

³⁰⁴ Nesse sentido: FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Normas Constitucionais Programáticas*. Normatividade, Operatividade e Efetividade. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 236. No mesmo sentido, João Pedro Gebran Neto é incisivo em afastar o argumento da reserva do possível, quando os efeitos do não atendimento do direito fundamental em jogo puderem ser comparados aos da violação da proibição constitucional à pena de morte, portanto, severamente graves: “É o que ocorre com o direito à amamentação dos filhos conferido às presidiárias, previsto no art. 5º, L, da Carta Magna, ou ainda com o dever estatal de prestar assistência judiciária integral e gratuita aos que comprovem insuficiência de recursos. É patente o dever estatal de ofertar condições mínimas necessárias para que durante o período de amamentação as presidiárias mães permaneçam junto com seus filhos, ou mesmo para a prestação de assistência judiciária. Quanto a esses aspectos, sequer se podem levantar argumentos do tipo ‘reserva do possível’, sob pena de negar o próprio direito e ferir tanto o seu núcleo essencial quanto a própria dignidade da pessoa humana, representada por esse direito jusfundamental de aplicabilidade imediata. A imperatividade desses direitos é tão forte quanto a

Nesse caminho, em uma demanda judicial na qual se esteja a postular certa prestação material, a qual configure a garantia mínima da dignidade do indivíduo (seja saúde, educação ou abrigo), não haveria que se falar em indisponibilidade de recursos para atender à finalidade pretendida, pois, do contrário, a própria dignidade do indivíduo estaria violada. Nessa seara, conforme entendimento de Ana Paula de Barcellos, o mínimo existencial é uma fração da dignidade humana, e, na medida em que deve ser protegido pelo Estado, é passível de “eficácia positiva” ou “simétrica”, a qual permite a sua sindicabilidade em juízo.³⁰⁵ A posição da autora, que restringe a sindicabilidade dos direitos sociais ao mínimo, recebe críticas tanto por excluir da eficácia simétrica outros direitos fundamentais, como por considerar, esse mínimo, enquanto regra insuscetível de ponderação.³⁰⁶

Ricardo Lobo Torres defende a possibilidade de sindicabilidade das prestações que atendam ao mínimo existencial quando houver contradição incontornável com o princípio da dignidade humana.³⁰⁷ O autor chama a atenção também à necessidade de investigação acerca da impossibilidade de se entregar a prestação, por falta de recursos, mesmo que ela esteja prevista em dotação

da vedação de pena de morte ou da prisão perpétua (art. 5º, XLVI), por exemplo.” (GEBRAN NETO, João Pedro. *A Aplicação Imediata dos Direitos e Garantias Individuais*. A Busca de uma Exegese Emancipatória. Dissertação de Mestrado. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2001. p. 172-173.)

³⁰⁵ “O direito à educação fundamental é um elemento do *mínimo existencial*, compondo o núcleo da dignidade humana, e portanto, sendo oponível aos poderes constituídos. Imaginar que seu atendimento possa ficar na dependência exclusiva da ação, e dos humores, do Executivo – em equipar sua rede de ensino de maneira conveniente – e do Legislativo – em dispor sobre a concessão de bolsas de estudo em instituições privadas – é tornar totalmente sem sentido tudo o que se expôs até aqui, assim como o próprio estado de direito constitucional. Ao Judiciário compete tutelar o *mínimo existencial* e isso pelos meios substitutivos que forem necessários e aptos para atingir tal fim.” BARCELLOS, *A eficácia jurídica...*, p. 265-266.

³⁰⁶ É o posicionamento de Paulo Gilberto Cogo Leivas: “Em favor do mínimo existencial falam os princípios da liberdade fática, da dignidade humana, do Estado Social e da igualdade fática. Do outro lado, como princípios que podem restringir esse direito, entre outros, estão o princípio da competência orçamentária do legislador e direitos de terceiros. Para o reconhecimento de um direito fundamental definitivo ao mínimo existencial, os princípios que o fundamentam devem ter um peso maior, no caso concreto, que os princípios colidentes.” (LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. *Teoria dos direitos fundamentais sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 133)

³⁰⁷ TORRES, Ricardo Lobo. O Mínimo Existencial, os Direitos Sociais e a Reserva do Possível. In: NUNES, António José Avelãs; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda [orgs]. *Diálogos Constitucionais: Brasil/Portugal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 456.

orçamentária. Aduz Lobo Torres que “O Supremo Tribunal Federal já disse que o Executivo não está obrigado a pagar precatório judicial se não houver recursos disponíveis. Mas tal conclusão a nosso ver não poderia ser estendida para a problemática do mínimo existencial (= direitos fundamentais sociais), que tem prevalência sobre eventuais saldos em caixa.”³⁰⁸

Ana Carolina Olsen observa que, quanto ao mínimo existencial, apenas na hipótese de a escolha trágica ter sido tomada em razão de uma decisão política, ou seja, decorrente da já apontada escassez *artificial*, é que não se pode conceber a reserva do possível como barreira às prestações necessárias à sobrevivência com dignidade.³⁰⁹

Em matéria de atividade política da jurisdição constitucional, a tese do mínimo existencial associa-se à sindicabilidade judicial das prestações satisfadoras do mínimo. Nesse respeito, Ingo Sarlet, ao discutir a existência de direitos fundamentais originários a prestações (sindicáveis em juízo), enumera a seguinte sequência de questionamentos: *i)* se a sindicabilidade de direitos fundamentais originários limita-se a um mínimo; *ii)* em caso positivo, qual seria o conteúdo desse mínimo; e, *iii)* se mesmo esse mínimo a prestações estaria condicionado à disponibilidade de recursos para ser atendido.³¹⁰ Quanto ao último questionamento, parece que uma resposta negativa não poderia ser meramente vista como ideológica. Com efeito, não se pode cogitar que um indivíduo tenha autonomia e possa exercer plenamente sua liberdade de consciência quando lhe sejam negados os pressupostos elementares à sua existência. Cuida-se, aqui, do mesmo que desenvolvido anteriormente em termos de liberdade e desenvolvimento. Novamente, são elucidativas as palavras de Ingo Sarlet nesse sentido: “não restam dúvidas de que manter o indivíduo sob o véu da ignorância absoluta significa tolher a sua própria capacidade de compreensão do

³⁰⁸ *Idem*, p. 465.

³⁰⁹ Na esteira de Emerson Garcia, e no que diz respeito à relação do mínimo com o argumento da reserva do possível, a autora afirma que “a reserva do possível somente poderia prevalecer em relação aos direitos fundamentais sociais – quando em jogo o mínimo existencial – se restasse demonstrada total impossibilidade fática de realização da prestação material (reserva essencial ou natural de recursos)”. (OLSEN, *op. cit.*, p. 356)

³¹⁰ *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 351.

mundo e sua liberdade (real) de autodeterminação e de formatar sua existência.”

311

Compreendido o mínimo enquanto o conjunto de *satisfatores* das necessidades humanas fundamentais (e não enquanto as necessidades *em si*), é possível admitir uma pluralidade de concepções de mínimo existencial, para cada contexto histórico-cultural.³¹² Nada obstante, e tendo em conta que este estudo não tem a pretensão de definir o que seja mínimo existencial, parece suficiente, para os fins aqui propostos, tratar o *mínimo existencial* e as *necessidades humanas* (mesmo as fundamentais) como equivalentes.

A atividade política judicial consiste em decisões públicas, proferidas por agentes vinculados à realização dos objetivos fundamentais, particularmente, à efetividade dos direitos fundamentais. As categorias jurídicas apresentadas neste capítulo são mediações da dogmática jurídica brasileira sobre a Constituição de 88, e que terminam por viabilizar o exercício de atividade política judicial, no sentido apresentado neste trabalho. Uma atividade política judicial desenrola-se no âmbito do processo judicial, e daí surge a importância de se trabalhar modos de atendimento ao princípio da autolegislação no âmbito dessas decisões, públicas e políticas no sentido aqui construído, a partir do direito reconhecidamente válido pela comunidade de intérpretes. É esse o tema do capítulo que segue.

³¹¹ *Idem*, p. 353.

³¹² Daí Neef afirmar: “Um dos aspectos que define uma cultura é sua eleição de satisfatores. As necessidades humanas fundamentais de um indivíduo que pertence a uma sociedade consumista são as mesmas daquele que pertence a uma sociedade ascética. O que muda é a eleição da quantidade e qualidade dos satisfatores, e/ou a possibilidade de ter acesso aos satisfatores requeridos.” *Op. cit.*, p. 27. Tradução livre.

V Processo constitucional

1 Preliminar terminológica

Processo constitucional, no presente trabalho, liga-se às garantias constitucionais úteis à construção de um processo público dirigido à realização dos fins de uma comunidade política que assim se reconheça. Por essa razão, o termo tal qual aqui utilizado assume conteúdo próprio frente a algumas definições apresentadas pela doutrina.

Em um primeiro momento, a expressão *processo constitucional* pode sugerir tratar-se de ramo do direito ocupado com o estudo de mecanismos destinados à tutela de direitos atribuídos em matéria constitucional.³¹³ A assertiva seria plausível se presentes dois pressupostos: um, a existência de

³¹³ Cf. BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 5.

campo jurídico-material *não* constitucional, a justificar a especialidade da disciplina; e outro (consequência do primeiro), que houvesse jurisdição especificamente competente para cuidar de referida matéria. Daí *processo constitucional* guardar certa identidade com uma fiscalização abstrata da constitucionalidade.³¹⁴

Sob a Constituição de 88, porém, a assertiva faz sentido apenas em parte. Quanto ao primeiro pressuposto, é verdade que o Supremo Tribunal Federal tem excluído de sua competência o exame de matéria cuja constitucionalidade/inconstitucionalidade seja meramente reflexa.³¹⁵ Isso não deve levar a crer, contudo, que haja matéria jurídica não remissível à Constituição. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais, associada à filtragem constitucional, tornam inescapável que *toda* a ordem jurídica infraconstitucional seja seccionada pela materialidade constitucional.

A afirmação conduz a outra dificuldade, encontrável na segunda premissa. Sob o sistema jurídico brasileiro, todos os juízes são competentes para exercer controle sobre a constitucionalidade de leis e atos normativos. Daí que o processo constitucional não possa ser identificado, estritamente, com uma fiscalização meramente abstrata (concentrada) da constitucionalidade.

Seguem da expressão *processo constitucional* variantes terminológicas em torno de *direito processual constitucional* e *direito constitucional processual*.

Direito processual constitucional poderia representar "a condensação metodológica e sistemática dos princípios constitucionais do processo", embora sem configurar um ramo autônomo do direito, por se tratar de "um ponto de vista metodológico e sistemático, do qual se pode examinar o processo em suas

³¹⁴ *Idem*, p. 347, *verbis*: "O Processo Constitucional move-se em abstrato, não para regular um direito mas sim estabelecer a legitimidade de uma lei, fonte mesma do direito. Não fixa uma situação constitutiva, não realiza uma composição jurídica, comum às sentenças do juízo ordinário, mas limita-se a verificar a conformidade de uma ordem vigente com a Constituição."

³¹⁵ ADI 2.714, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 27-2-2004; ADI 2.862, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJE 9-5-2008; ADI-AgR 2.792, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 12-3-2004; ADI-AgR 2.426, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 11-10-2001.

relações com a Constituição." ³¹⁶ Poderia representar, também, "institutos processuais cujo âmbito de incidência e procedimento para a sua aplicação se encontram na própria Constituição." ³¹⁷ Os "remédios constitucionais" e as ações de controle abstrato da constitucionalidade seriam exemplos. Por outro lado, *direito constitucional processual* remeteria às normas constitucionais regentes do direito processual, ou princípios de processo encontráveis na Constituição. ³¹⁸

A distinção, sob os fundamentos apontados, faz sentido se tomada em termos de direito positivo. Nesse caminho, *direito constitucional processual* remeteria a todo o conteúdo constitucional que expressa uma dimensão processual (princípios, garantias, instrumentos de tutela de direitos). Por sua vez, *direito processual constitucional* remeteria a todo o conteúdo processual infraconstitucional encontrável na Constituição.

Ocorre que a Constituição não se reduz ao direito positivo. Por essa razão, afirmar ser o *direito processual constitucional* correspondente a conteúdo infraconstitucional encontrável na Constituição não procede, pois não há direito processual legitimamente encontrável fora do âmbito formal ou material da Constituição.

A partir de uma compreensão de *tudo* o ordenamento jurídico enquanto suscetível a uma *filtragem constitucional*, *direito processual constitucional* parece apenas remeter à ideia de *direito processual adjetivado de constitucionalidade*. Afinal, todo o direito processual é, necessariamente, constitucional (direito processual do trabalho, direito processual penal, direito processual civil), vale dizer, remissível à Constituição, sob pena de ilegitimidade. Acrescente-se, ainda, que esse direito processual, no campo do direito constitucional, não se resume ao âmbito do processo judicial (salvo se estudado no campo do processo civil, do processo penal, por exemplo); estende-se,

³¹⁶ CINTRA, Antônio Carlos; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 29. ed.. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 89.

³¹⁷ NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do Processo na Constituição Federal*. 11. ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 45.

³¹⁸ *Idem, ibidem*.

também, aos processos legislativo e administrativo.³¹⁹ O uso de uma ou outra expressão cobra, portanto, a solução da seguinte questão: *direito processual constitucional* deve apresentar o que seria um direito processual *não constitucional*. Do contrário, parece mais seguro continuar utilizando as expressões *direito constitucional processual*, ou, simplesmente, *processo constitucional*.

É preciso observar que se cuida, neste trabalho, porém, de questão diversa.

O *processo constitucional* que aqui se concebe diz respeito a um processo dirigido não estritamente à proteção, mas, de uma maneira abrangente, à *construção* (proteção inclusive) da Constituição. Processo que configura "um desenvolver-se temporalmente, a partir de um ponto inicial até atingir um fim desejado",³²⁰ sendo o fim desejado uma decisão judicial legítima, enquanto decisão pública construída desde uma perspectiva participativa, à maneira da Constituição (logo, adjetivada de consitucionalidade).

Um processo que se desenrole à maneira da Constituição de 1988 é um processo mediado por garantias processuais e dirigido à realização dos direitos fundamentais. Que esse processo se opere no campo *judicial*, à maneira da Constituição de 88, demanda seja buscado, em última análise, o alcance dos objetivos constitucionais de inclusão, participação e desenvolvimento.

Um processo constitucional judicial cresce em legitimidade se contar com a participação dos concernidos na construção da decisão judicial, que é uma

³¹⁹ Como observa Willis Santiago Guerra Filho (embora o autor valha-se da expressão Direito Processual Constitucional: "A tendência, portanto, parece ir no sentido de que ocorra o desentranhamento da disciplina do corpo do Direito Constitucional, por demandar, inegavelmente, o estudo por parte de especialista em Direito Processual. Ao mesmo tempo, não haveria nenhum ramo do Direito Processual capaz de incorporar, totalmente, o novo campo de estudos, que possui assuntos de interesse geral, com projeção sobre todos os segmentos segmentos do Direito Processual: civil, penal, trabalhista e mesmo aqueles setores fora do chamado 'processo judicial', como são o processo legislativo e administrativo." (GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. São Paulo: Celso Bastos, 2001. p. 13)

³²⁰ SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de Processo Civil*. v. 1. t. 1. 8. ed.. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 1.

decisão pública.³²¹ Não por outra razão o processo é público, e a Constituição de 88 prevê meios de participação no processo constitucional. Esses canais de participação são autêntico mecanismo de controle sobre a atividade política judicial tal qual desenvolvida até aqui.

Que a atividade judicial é uma atividade política foi o que se pretendeu sustentar nos capítulos anteriores. Essa atividade política integra um processo público de atualização de sentido da Constituição. O processo constitucional é um processo dirigido à realização das normas constitucionais, à luz da garantia e proteção dos direitos fundamentais. No que interessa ao presente estudo, a dimensão do processo constitucional que secciona a atividade política judicial demonstra como esta atividade não ocorre isoladamente; integra um processo público do qual todos os concernidos podem participar, de distintas maneiras. Eis o momento de reconhecer na atividade judicial a participação de atores políticos no processo de construção de uma comunidade que se reconheça como tal, no âmbito institucionalizado da distribuição, equilíbrio e controle do poder público. Se a atividade política judicial opera-se à luz de um direito que se legitima pela inclusão e reconhecimento de seus concernidos, então que sejam pensados os modos de participação de concernidos na tarefa *judicial* de construção da Constituição.

2 Interinstitucional

2.1 Revisão judicial de leis e atos normativos

No sistema brasileiro de controle da constitucionalidade, convivem as modalidades de controle difuso e concentrado, neste último operando as modalidades de fiscalização abstrata e concreta. Em nosso sistema, a fiscalização

³²¹ Uma tentativa de apontar a relação entre temas de processo e aportes da democracia participativa, no intuito de "demonstrar a necessidade de integração do cidadão no exercício da jurisdição, atribuindo-lhe responsabilidades específicas na busca da justiça e do consenso, até mesmo como forma de legitimar o exercício deste poder, atividade e função do Estado que é a jurisdição", é encontrável em GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (Coord.). *Participação e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

da constitucionalidade resulta na declaração de nulidade de lei ou ato normativo por decisão judicial, o que por si só suscita questionamentos no que diz respeito à legitimidade da cassação judicial de decisões políticas realizadas por agentes públicos eleitos. Nada obstante, a modalidade difusa de controle da constitucionalidade, historicamente, tem-se acomodado melhor no terreno das teorias democráticas, haja vista a decisão judicial dali resultante operar efeitos apenas *inter partes* e, via de regra, não vinculantes.³²²

Disso resulta que a fiscalização abstrata da constitucionalidade, cuja decisão opera eficácia *erga omnes* e produz efeitos vinculantes, suscite maiores preocupações no que diz respeito ao *déficit* de legitimidade experimentado nesta modalidade de controle,³²³ a qual, por essa razão, será o foco do presente item.

Conforme antes mencionado, a legitimidade de uma decisão política é variável em grau, consoante a participação dos concernidos em sua construção. No caso da atividade judicial, notadamente da fiscalização abstrata da constitucionalidade, o que se tem é um exercício legal de competência autorizada pela Constituição,³²⁴ assim reconhecida pelo sistema jurídico e seus operadores, cuja legitimidade assume conteúdos distintos se considerada em termos de participação, ou em termos de representação.

A Constituição de 1988 fortaleceu significativamente a fiscalização abstrata da constitucionalidade. Sob a égide da Emenda Constitucional n.º 1/69, essa modalidade de controle operava-se de maneira tímida, via representação de inconstitucionalidade, cujo único legitimado para propositura era o Procurador-

³²² Sobre o tema, consultar CLÈVE, *A Fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*, p. 91-105. Também: BRANCO; COELHO; MENDES, *op. cit.*, p. 1049-1381.

³²³ Cf. PEREIRA, Ana Lucia; KROL, Heloísa; HONÓRIO, Cláudia. Instrumentos de democratização do controle abstrato da constitucionalidade: proteção e aplicabilidade do princípio democrático. In: *Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI*. Brasília, 2008. p. 7508-7510.

³²⁴ A competência do Supremo para a fiscalização judicial da constitucionalidade é encontrável no rol de competências enunciado no art. 102 da Constituição, particularmente no que diz respeito aos efeitos da decisão, vinculantes para o Judiciário e a Administração Pública direta e indireta, em todos os níveis da federação.

geral da República.³²⁵ Sob a nova ordem constitucional, a antiga representação assume nova roupagem, de ação direta de inconstitucionalidade, cuja legitimidade ativa é compartilhada por outros órgãos, e também entidades representativas da sociedade civil.³²⁶ Mais ainda, a Constituição de 88, em sua redação originária, previu a ação direta de inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, além da arguição de descumprimento de preceito fundamental, sendo que a competência para processo e julgamento destes mecanismos recaem no Supremo Tribunal Federal. A esse elenco de ações, a EC n.º 3/93 adicionou a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, também de competência do Supremo.³²⁷

As inovações em sede de controle abstrato da constitucionalidade, seja em virtude das novas modalidades de ação, seja em virtude da ampliação do rol de legitimados para a sua propositura, representam uma abertura nos meios de acesso ao Judiciário para discussão acerca da idoneidade de leis, atos normativos e omissão política. Mais do que isso, o novo rol de legitimados que, apesar do silêncio constitucional, estende-se às ações diretas de inconstitucionalidade por omissão e à arguição de descumprimento de preceito fundamental, é mecanismo de atuação conjunta de instituições dotadas de representatividade política no processo de construção da Constituição.

Como mencionado, o único legitimado para a propositura da representação de inconstitucionalidade da EC nº 1/69 era o Procurador-geral da República. Acrescente-se que o Procurador-geral dispunha de poder discricionário para decidir acerca da propositura da ação. O poder político do Presidente da República sobre o Procurador-geral carregava a potencialidade de

³²⁵ Conforme art. 119, I, *l*, competia ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar, originariamente, representação do Procurador-Geral da República, por inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual, ao que a EC n.º 7/77 acrescentou a competência de *interpretação* de lei ou ato normativo federal.

³²⁶ Conforme elenco de legitimados constante do art. 103 da Constituição, somado à legislação infraconstitucional que cuida das ações diretas de controle abstrato (leis federais n.º 9.868/99 e 9.882/99).

³²⁷ KROL; HONÓRIO; PEREIRA, *op. cit.*, p. 7509-7510.

gerar efeitos sobre o juízo de oportunidade e conveniência da propositura de ações. De fato, “o Procurador-Geral da República ocupava cargo de confiança do Presidente da República, do qual era exonerável *ad nutum*. Assim sendo, o controle de constitucionalidade por via de *representação* ficava confinado às hipóteses que não trouxessem maior embaraço ao Poder Executivo.”³²⁸

A transformação da representação de inconstitucionalidade em ação direta de inconstitucionalidade, somada às demais ações de controle abstrato da constitucionalidade inauguradas com a Constituição de 88, não apenas expandiu o âmbito material objeto de fiscalização, como também, ampliou os mecanismos de acesso para participação dos concernidos no processo de construção da Constituição.

Com efeito, o rol de legitimados estampado no artigo 103 da Carta contribuiu para a democratização do controle abstrato de constitucionalidade.³²⁹ Tornaram-se legítimos para a arguição de inconstitucionalidade, além do Procurador-Geral da República, o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa da Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; o Governador de Estado ou do Distrito Federal, o Procurador-Geral da República; o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; partido político com representação no Congresso Nacional e confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.³³⁰

³²⁸ BARROSO, Luis Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 120.

³²⁹ A respeito do tema: CLÈVE, *A Fiscalização abstrata...*, p. 88-90; FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 97-103; MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 86-87. Luis Roberto Barroso (*Controle de constitucionalidade...*, p. 119) afirma que “Foi no tocante à legitimação *ativa* para a propositura de ação direta de inconstitucionalidade que se operou a maior transformação no exercício da jurisdição constitucional no Brasil.”

³³⁰ A Lei n.º 9.868/99, que disciplina o procedimento da ADI e da ADC, no seu artigo 2º repetiu o rol do artigo 103 da Constituição Federal, e incluiu entre os legitimados a Mesa da Câmara Legislativa do Distrito Federal e o Governador do Distrito Federal, suprimindo lacuna do texto constitucional originário. Há quem veja referida inclusão como correção de falha do constituinte, e há quem a tenha considerado extensão legal que fere o sistema definido pelo constituinte. Nesse segundo grupo, confira-se: BARBOSA SOBRINHO, Osório Silva.

Nota-se que, embora ampliado o número de legitimados para participação nas discussões constitucionais de expressão nacional, não chegou a restar configurada uma ação popular de controle de constitucionalidade. O acesso das partes ao debate via controle difuso de constitucionalidade supre, em alguma medida, essa lacuna.

A ampliação do rol de legitimados à fiscalização abstrata de constitucionalidade (que, na prática, somam mais de cem entidades) contribuiu para um aumento significativo no volume de demandas aforadas perante o Supremo. Como forma de contornar esse efeito, o Tribunal criou alguns mecanismos,³³¹ como é o caso da exigência da pertinência temática, que exige do legitimado comprovar congruência temática entre as finalidades estatutárias da entidade ou os interesses da unidade federativa e o conteúdo da norma impugnada. Em um primeiro momento, esse critério da pertinência temática foi exigido apenas das entidades de classe de âmbito nacional. Foi estendido, na sequência, às confederações sindicais, aos partidos políticos,³³² Governadores de Estado e do Distrito Federal e Mesa de Assembleia Legislativa do Estado e da Câmara Legislativa do Distrito Federal. Os integrantes desse grupo são chamados *legitimados especiais*. Deles exige-se a comprovação do requisito da pertinência temática como condição de admissibilidade da ação.

Os *legitimados universais* formam outro grupo de autores, aptos a propor ação direta de inconstitucionalidade independentemente do atendimento do critério da pertinência temática. São eles o Presidente da República, a Mesa do

Comentários à Lei n.º 9.868/99: processo do controle de constitucionalidade. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 08. Com a Emenda Constitucional n.º 45/04, foram inseridos no art. 103 a Mesa da Câmara Legislativa do Distrito Federal e o Governador do Distrito Federal, o que apazigua a discussão.

³³¹ Os instrumentos de restrição da propositura de ação direta de inconstitucionalidade devem sempre ser tomados com muito cuidado, sob pena de serem fixadas exigências não autorizadas pela Constituição e incompatíveis com o caráter democrático que deve permear a jurisdição.

³³² O inciso VII do artigo 103 da Constituição Federal estabelece como legitimado a propor ação direta “partido político com representação no Congresso Nacional”. O Supremo Tribunal Federal, revendo seu entendimento, não entende haver perda da legitimidade ativa caso o partido político perca sua representação no Congresso após a propositura da ADI. Cf. ADI 3.867, rel. Min. Cármen Lúcia, decisão monocrática, DJE, 29-2-2008.

Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, o Procurador-Geral da República e o Conselho Federal da OAB.

Os *legitimados especiais* e os *legitimados universais* formam o conjunto dos legitimados ativos para propositura de ações diretas. Observa-se que esse conjunto representa a outorga do direito de desencadear controle abstrato de constitucionalidade a entidades representativas dos cidadãos em distintas instâncias. Tem-se como certo que a “legitimidade ativa ampliada tornou a jurisdição constitucional mais acessível pela desconcentração de poderes havida, sendo sempre desaconselhável que *apenas* órgãos públicos possam defender a ordem jurídica.”³³³ Por exemplo, a possibilidade de partidos políticos com reduzida representação no Congresso Nacional arguirem a inconstitucionalidade de lei representa a oportunidade de ajuizamento de ações por minorias perante a Corte.

Ademais, a ampla legitimação é um dos fatores que “fazem com que grandes questões constitucionais passem a ser solvidas, na sua maioria, mediante a utilização desse típico instrumento do controle concentrado,”³³⁴ por um maior número de concernidos. Sendo assim, a possibilidade de diversas entidades questionarem diretamente perante o Supremo Tribunal Federal a compatibilidade de uma norma com a ordem constitucional vigente certamente apresenta-se como um espaço de democratização da jurisdição constitucional abstrata.

2.2 Revisão legislativa de decisões judiciais

O apontado déficit de legitimidade do Poder Judiciário para revisar leis e atos normativos faz surgir a hipótese de decisões judiciais serem revisadas pelo Poder Legislativo.

³³³ PALU, Oswaldo Luiz. *Controle de constitucionalidade: conceito, sistemas e efeitos*. 2. ed. rev., ampl. e atual. de acordo com as Leis 9.868 e 9.882/99. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 196.

³³⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. *Moreira Alves e o controle de constitucionalidade no Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 02.

Conforme exposto anteriormente, antes de mais nada é necessário divisar o caráter contramajoritário do Poder Judiciário do caráter contramajoritário das decisões por ele proferidas. Com efeito, o modo de investidura dos agentes políticos deste ramo do poder não se opera por via de eleições, como ocorre com os parlamentares e com o Chefe do Poder Executivo. Por outro lado, as decisões do Supremo não necessariamente são contramajoritárias, o que se verifica particularmente quando protege direitos de grupos que não constituam, propriamente, minorias, mas parcelas da sociedade subrepresentadas e carentes de voz (e voto) no processo majoritário de tomada de decisões.

Nesse caminho, e partindo de um argumento geral (seja no que diz respeito à decisão, seja no que diz respeito à instituição em si) acerca do caráter contramajoritário do Poder Judiciário, interessa perguntar em que medida importa falar em revisão legislativa de decisões judiciais, questão que aqui se coloca tendo como base o caráter vinculante das decisões definitivas de mérito proferidas em sede de controle abstrato de constitucionalidade.³³⁵

O caráter vinculante das decisões definitivas de mérito proferidas em sede de controle abstrato da constitucionalidade foi primeiramente consagrado na ordem jurídico-positiva brasileira através da Emenda Constitucional n.º 3/93. Referida Emenda estatuiu que a decisão definitiva de mérito na ação declaratória de constitucionalidade produziria eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo.

³³⁵ O tema do caráter vinculante das decisões definitivas de mérito em sede de controle concreto de constitucionalidade, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, a exemplo do que tem ocorrido em julgamento de Recurso Extraordinário e Reclamação Constitucional, não será trabalhado nesta oportunidade. Embora a doutrina aponte limitações no conteúdo e alcance do artigo 52, X, da Constituição, que prevê a competência senatorial para atribuição de efeitos *erga omnes* e eficácia vinculante às decisões do Supremo no âmbito da fiscalização concreta, é importante ressaltar que a dogmática vem sendo construída sobre entendimento ainda não pacificado no Tribunal.

Consagrando constitucionalmente o que já previsto em lei, a EC nº 45/04 estendeu o efeito vinculante também à ação direta de inconstitucionalidade.³³⁶

A EC nº 45/04 promoveu, porém, uma alteração relevante no que diz respeito aos destinatários de tal efeito. A redação trazida por referida emenda manteve o efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário, mas o restringiu no que diz respeito ao Poder Executivo, circunscrevendo-o "à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal". Quais os efeitos de tal mudança?

A distinção, ainda que sutil, merece ser observada.³³⁷

De início, aponte-se que o texto constitucional, desde a redação da EC nº 3/93, exclui o Poder Legislativo dos destinatários dos efeitos vinculantes da declaração de inconstitucionalidade. Como não poderia deixar de ser, mantém-se reservado o poder político do legislador para dispor de maneira diversa do que decidido em sede de controle abstrato da constitucionalidade. A produção do direito é distinta da produção da lei, de modo que o Judiciário participa desta atividade única e exclusivamente por meio de iniciativa legislativa, nas hipóteses previstas na Constituição. Tampouco a competência para a revisão judicial de leis e atos normativos em sede de controle abstrato configura espécie de poder de veto: o veto pode deliberadamente ser justificado sobre razões de oportunidade e conveniência política, o que é incabível no âmbito da atividade judicial.

³³⁶ Ainda antes da emenda constitucional, as decisões definitivas de mérito também em sede de ADI produziam eficácia contra todos e efeito vinculante, de acordo com jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, e também a legislação específica em vigor (Lei federal n.º 9.868/99).

³³⁷ Nada obstante encontrem-se decisões do Supremo onde o destinatário da norma vinculante não é definido com precisão: "A eficácia geral e o efeito vinculante de decisão, proferida pelo STF, em ação direta de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal, só atingem os demais órgãos do Poder Judiciário e todos os do Poder Executivo, não alcançando o legislador, que pode editar nova lei com idêntico conteúdo normativo, sem ofender a autoridade daquela decisão." [Rel 2.617-AgR](#), Rel. Min. Cezar Peluso, julgamento em 23-2-2005, Plenário, *DJ* de 20-5-2005. Grifamos. Definindo os destinatários exatamente nos limites traçados pela Constituição: "As decisões consubstanciadoras de declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade [...] possuem efeito vinculante em relação a todos os magistrados e tribunais, bem assim em face da administração pública federal, estadual, distrital e municipal, impondo-se, em consequência, à necessária observância por tais órgãos estatais [...]." ([Rel 2.143-AgR](#), Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 12-3-2003, Plenário, *DJ* de 6-6-2003. Grifamos.

Surge aqui a problemática acerca da vinculação dos motivos determinantes da decisão de inconstitucionalidade. Ou, acerca do alcance dos motivos determinantes da decisão. Apesar de teses em sentido contrário, o Supremo tem rejeitado a transcendência dos motivos determinantes da decisão de inconstitucionalidade a outros casos *sub judice*.³³⁸ Nada obstante, é de se observar que a questão se coloca apenas caso o Tribunal seja provocado a pronunciar-se a respeito, pela atividade judicial. De resto, e particularmente no que diz respeito ao Poder Legislativo, este tem liberdade para discordar da decisão do Supremo e legislar, novamente, sobre o tema objeto de discussão. Assume o risco, todavia, de ter a lei ou ato normativo novamente submetidos à análise da Corte, quando, então, e se presentes os mesmos fundamentos, o Judiciário poderá, novamente, cassar o ato em questão.

Veja-se decisão do Supremo Tribunal Federal nesse sentido:

A mera instauração do processo de controle normativo abstrato não se reveste, só por si, de efeitos inibitórios das atividades normativas do Poder Legislativo, que não fica impossibilitado, por isso mesmo, de revogar, enquanto pendente a respectiva ação direta, a própria lei objeto de impugnação perante o Supremo Tribunal, podendo, até mesmo, reeditar o diploma anteriormente pronunciado inconstitucional, eis que não se estende, ao Parlamento, a eficácia vinculante que resulta, naturalmente, da própria declaração de inconstitucionalidade proferida em sede concentrada.³³⁹

O argumento é válido, também, para o Poder Executivo. A alteração providenciada pela EC 45/04 vem ao encontro da tese de que também esse ramo do poder exerce atividade legislativa.³⁴⁰ Com efeito, a Administração Pública, direta e indireta, assim como os demais órgãos do Poder Judiciário, não

³³⁸ "Em recente julgamento, o Plenário do STF rejeitou a tese da eficácia vinculante dos motivos determinantes das decisões de ações de controle abstrato de constitucionalidade ([Rcl 2.475-AgR](#), julgamento em 2-8-2007)." ([Rcl 2.990-AgR](#), Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 16-8-2007, Plenário, *DJ* de 14-9-2007.) No mesmo sentido: [Rcl 11.478-AgR](#), Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 5-6-2012, Primeira Turma, *DJE* de 21-6-2012; [Rcl 6.204-AgR](#), Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 6-5-2010, Plenário, *DJE* de 28-5-2010; [Rcl 3.014](#), Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 10-3-2010, Plenário, *DJE* de 21-5-2010.

³³⁹ [ADI 2.903](#), Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 1º-12-2005, Plenário, *DJE* de 19-9-2008.

³⁴⁰ Cf. CLÈVE, *Atividade legislativa do Poder Executivo*, p. 93-299.

compartilham da competência legislativa atribuída constitucionalmente ao Chefe de Governo. Sob a Constituição de 88, a atividade legislativa, enquanto atividade normativa primária, é exclusiva dos Poderes Legislativo e Executivo. Daí que o caráter vinculante das decisões de mérito proferidas em sede de controle abstrato de constitucionalidade produza efeitos apenas frente a decisões judiciais e atos administrativos, nada obstante a transcendência dos motivos determinantes das decisões possa vir a incidir sobre atos legislativos, *desde que* questionados judicialmente.

Mesmo opções legislativas que complementem, consolidem ou vão de encontro a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal não configuram hipótese de revisão legislativa de decisões judiciais. Afinal, não há ato legislativo imune à fiscalização jurisdicional, mesmo os que – ao menos aparentemente – configurem uma "revisão". Essas razões, somadas às peculiaridades do efeito vinculante das decisões de inconstitucionalidade, conforme exposto, fazem concluir que não parece haver maiores dificuldades no que diz respeito à compreensão de que a rediscussão legislativa de decisões judiciais é possível juridicamente; encontra, porém, limites também jurídicos, mas, sobretudo, e evidentemente, políticos.

3 Intrainstitucional

3.1 Devido processo legal e duplo grau de jurisdição

Os direitos fundamentais ao devido processo legal e ao duplo grau de jurisdição, consagrados na Constituição brasileira de 1988, configuram garantias fundamentais à proteção da vida, da liberdade e da propriedade.

Embora válida também nos processos administrativos, legislativo e, inclusive, arbitral,³⁴¹ a garantia do devido processo legal será aqui objeto de reflexão no espaço do processo judicial. A cláusula do devido processo, em suas

³⁴¹ Cf. DIDIER Jr., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento. 9. ed.. Salvador: JusPodivm, 2008. p. 30.

dimensões substantiva e procedimental,³⁴² reúne garantias processuais e procedimentais que viabilizam maior desdobramento do problema colocado sob análise judicial, permitindo maior proteção a bens e valores considerados relevantes para a comunidade política constituída sob a Constituição de 88.

Atribui-se à Magna Carta, e a desenvolvimentos havidos no direito anglo saxão, os precedentes na formulação do conceito de devido processo legal. As constituições de colônias americanas, inspiradas no dispositivo do documento inglês, previram construções semelhantes, destinadas, essencialmente, à proteção da vida, da liberdade e da propriedade. Que essa proteção se opere não só frente ao Estado, mas também frente aos particulares, tem sido levantado pela doutrina, notadamente em face da já mencionada tese da horizontalidade dos direitos fundamentais.³⁴³

No direito brasileiro, a cláusula encontra guarida no art. 5.º, LIV, da Constituição Federal, como direito fundamental. Se partirmos de uma análise terminológica, o conteúdo jurídico do devido processo legal reúne garantias que viabilizam um movimento impulsionado ao alcance de um objetivo, vinculante em sua realização e que ocorre à maneira da ordem jurídica vigente. Conforme observam Cintra, Grinover e Dinamarco, "Entende-se, com essa fórmula, o conjunto de garantias constitucionais que, de um lado, asseguram às partes o exercício de suas faculdades e poderes processuais", sendo, por outro lado, "indispensáveis ao correto exercício da jurisdição."³⁴⁴

Com efeito, doutrina especializada aponta que a cláusula do devido processo reúne, por exemplo, as garantias de: i) contraditório e ampla defesa; ii) juiz natural; iii) não ser processado e condenado com base em prova ilícita; iv) não ser preso a não ser por determinação da autoridade competente e na forma

³⁴² Para uma crítica acerca da existência dessas dimensões no âmbito da cláusula do devido processo, GARCIA FILHO, José Carlos Cal. *O conteúdo jurídico do devido processo legal: interpretação e garantia dos direitos fundamentais*. Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2007. p. 52-59.

³⁴³ Cf. DIDIER Jr., *Curso...*, p. 30-33.

³⁴⁴ CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, *op. cit.*, p. 91.

estabelecida pela ordem jurídica;³⁴⁵ v) isonomia; vi) inafastabilidade do controle jurisdicional; vii) publicidade dos atos processuais; viii) motivação das decisões; ix) razoável duração do processo.³⁴⁶

No conteúdo jurídico da cláusula do devido processo legal, identificam-se garantias que ressaltam a abertura de canais de participação dos concernidos para a constituição da decisão *pública* judicial. A título de exemplo, a garantia do contraditório e ampla defesa evidencia o espaço para argumentação e deliberação pelas partes, imprescindível ao convencimento do julgador. A garantia de publicidade dos atos processuais reafirma o caráter público do processo, o que representa, na outra via, que é permitido a qualquer interessado contestar a sua idoneidade. A garantia de publicidade acompanha o dever de motivação das decisões judiciais. O dever de fundamentação das decisões é garantia que permite aos concernidos o escrutínio sobre os motivos da tomada de decisões públicas, permitindo a sua rediscussão, no âmbito do processo judicial, em caráter horizontal (entre as partes envolvidas) e vertical (pelo duplo grau de jurisdição).

Daí a importância do duplo grau de jurisdição. A não previsão expressa do princípio na Constituição Federal de 88 suscita dúvidas quanto à sua constitucionalidade.³⁴⁷ Mais ainda, advoga-se por sua não obrigatoriedade, sobretudo pelo fato de inexistir previsão constitucional expressa nesse sentido. Na via contrária, sustenta-se a constitucionalidade deste princípio decorrer de sua incorporação, no ordenamento jurídico pátrio, via recepção do Pacto de San José da Costa Rica, do qual o Brasil é signatário.

Neste ponto, é relevante fazer uma breve observação. O Pacto de San José da Costa Rica prevê que "Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido

³⁴⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. Capítulo 5. In: BRANCO; COELHO; MENDES, *Curso...*, p. 685.

³⁴⁶ Dentre outros princípios, cf. NERY JUNIOR, *op. cit.*, p. 112-336.

³⁴⁷ Pontua Luiz Guilherme Marinoni que: "o duplo grau de jurisdição, compreendido como o direito à revisão da decisão proferida pelo juiz que teve, pela primeira vez, contato com a causa, não é garantido constitucionalmente, nem pode ser considerado um princípio fundamental de justiça". (MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela antecipatória e julgamento antecipado: parte incontroversa da demanda*. 5. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 209).

ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição, pela lei ou pela presente Convenção" (art. 23, 1). Todavia, e apesar da tese acerca da supralegalidade do ato,³⁴⁸ na ordem jurídica brasileira o Pacto foi recepcionado com *status* formal de lei ordinária.³⁴⁹ *Status* normativo superior é o constitucional, que somente seria possível se atendido o procedimento especial de incorporação previsto no art. 5º, § 3º (o mesmo das emendas constitucionais).³⁵⁰ Nada obstante discussões em torno do mecanismo de incorporação e do status de referido diploma normativo, a própria Constituição prevê, no art. 5º, § 2º, o reconhecimento de direitos e garantias fundamentais não expressos na Constituição (decorrentes do regime por ela adotado, e dos pactos internacionais de que o Brasil faça parte).³⁵¹ A cláusula de abertura constitucional, todavia, não torna esses direitos e garantias fundamentais imunes a restrições decorrentes de uma ponderação com outros valores igualmente relevantes para o ordenamento jurídico em sua globalidade. De fato, a normatividade dos princípios impõe sejam otimizados em sua realização, sendo sua estrutura deôntica compartilhada por todos os princípios informantes do ordenamento jurídico.

Nada obstante as discussões no que diz respeito à constitucionalidade do princípio, lembre-se com Cintra, Grinover e Dinamardo ser tal princípio fundado,

³⁴⁸ Ministro Gilmar Mendes, em voto no julgamento do RE 466.343, e para quem "o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O *status* normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil, dessa forma, torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de adesão." (RE 466.343, Rel. Min. Cezar Peluso, julgamento em 3-12-2008, Plenário, *DJE* de 5-6-2009).

³⁴⁹ Ao menos o procedimento de incorporação da Convenção obedeceu ao rito ordinário de incorporação de tratados, resultado no Decreto presidencial n.º 678/92.

³⁵⁰ Até então, o único documento normativo internacional recepcionado por este processo é a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (e seu Protocolo Facultativo), assinada em 30 de março de 2007, e promulgada pelo Decreto presidencial n.º 6949/09.

³⁵¹ PIOVESAN, *op. cit.*, p. 347. Para uma revisão da doutrina sobre a incorporação de tratados internacionais em direitos humanos na ordem jurídica brasileira: GNOATO, Leonardo Fayad. *A incorporação de tratados internacionais sobre direitos humanos no Brasil*. Monografia de Especialização. Escola Superior da Magistratura Federal no Paraná. Curitiba, 2009. p. 33-34.

essencialmente, na possibilidade da decisão de primeira instância ser injusta ou errada.³⁵² Já foi aqui apontado que a justiça ou injustiça de decisões não pode ser aferida aprioristicamente. Todavia, o argumento é válido se compreendido que a expertise humana à qual se pretende confiar a desnecessidade do duplo grau configura, na realidade, o outro lado de uma mesma moeda: um ser humano falível. Eventuais dados empíricos que demonstrem baixa taxa de reforma de decisões de instâncias inferiores por decisões de instâncias superiores *não é* garantia de correção das decisões de instâncias inferiores: também juízes de segundo grau erram. A falibilidade humana, afinal, é a mesma.

Para os fins do presente estudo, parece ser possível encontrar no princípio do duplo grau de jurisdição outro fundamento: a publicidade das decisões judiciais. Decisões judiciais são atos públicos, e estatais, cuja necessidade de controle interno e externo decorre de sua própria natureza. Sabe-se que "O Poder Judiciário, principalmente onde seus membros não são sufragados pelo povo, é, dentre todos, o de menor representatividade." Com efeito, "Não o legitimaram as urnas, sendo o controle popular sobre o exercício da função jurisdicional ainda incipiente em muitos ordenamentos, como o nosso."³⁵³ Nesse sentido, que decisões públicas (ou, no caso das decisões judiciais, públicas e de interesse público) sejam construídas por uma maior quantidade de concernidos reforça não apenas a sua substância, como, também, a sua legitimidade. A celeridade processual deve ser otimizada por outras medidas, que não necessariamente a supressão da possibilidade de reexame de decisões que operem restrições à esfera da autonomia pública e privada dos indivíduos.

Observe-se, por derradeiro, que as garantias do devido processo legal e do duplo grau de jurisdição são marcadas, na Constituição de 88, por nota de fundamentalidade material e formal. Tratam-se, pois, de garantias de ordem pública essenciais à construção do Estado Democrático de Direito, e ao alcance dos objetivos constitucionalmente estabelecidos. Por sua posição na ordem

³⁵² CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, *op. cit.*, p. 83.

³⁵³ *Idem*, p. 64.

jurídica, possuem, também, aplicabilidade imediata e eficácia plena, cuja integração legislativa deve observar seu núcleo essencial.

3.2 Súmula vinculante e repercussão geral

O processo constitucional, tal qual visto até aqui, é informado por mecanismos de abertura para participação dos concernidos no processo de construção de decisões públicas judiciais. A atividade política judicial, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, é viabilizada não apenas pela possibilidade de juízes participarem, com decidibilidade, nesse processo público, como também, pelo fato de o próprio ordenamento jurídico prever medidas autorizativas da formação de juízo de valor estendido às esferas econômica, social, política, como razões de decidir. É o caso dos requisitos exigidos pela Constituição para edição de súmulas vinculantes, e para o uso do filtro recursal da repercussão geral. Pergunta-se: qual o espaço para uma efetiva participação dos concernidos no que diz respeito à aplicabilidade de ambos os institutos jurídicos?

A súmula vinculante foi introduzida no direito brasileiro pela Emenda Constitucional n.º 45/04 que, dentre outras medidas, acrescentou o art. 103-A à Constituição, segundo o qual:

O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

O enunciado foi regulamentado pela Lei federal n.º 11.417/2006.

O argumento principal para a adoção das súmulas de caráter vinculante é reduzir a quantidade de processos ajuizáveis e já em trâmite no Supremo

Tribunal Federal.³⁵⁴ Cumpre observar que a possibilidade de interposição de reclamação constitucional, no caso de descumprimento, em alguma medida mitiga a realização desse objetivo.³⁵⁵

O caráter vinculante dessa modalidade de súmulas acentua o seu conteúdo normativo. Ao lado das súmulas persuasivas, dos enunciados, das decisões proferidas em sede de controle abstrato de constitucionalidade, e das sentenças normativas na Justiça do Trabalho, por exemplo, a súmula vinculante é ato normativo cujo conteúdo genérico e obrigatório a aproximam de certo conteúdo material das leis.³⁵⁶ A afirmação suscita problemas no que diz respeito à legitimidade da produção sumular vinculante: estar-se-ia diante de uma usurpação de competência legislativa por parte do Supremo Tribunal Federal.

A aproximação, todavia, encontra limites. A atividade legislativa, como antes mencionado, é privativa do Poder Legislativo e do Chefe do Poder Executivo. Nesse respeito, encontram-se limitações de ordem material e formal ao que se poderia ser próximo de uma atuação legislativa. Em termos materiais, o

³⁵⁴ *Idem*, p. 260. O caráter vinculante da súmula frente a todos os órgãos judiciais leva a que mesmo processos já em trâmite à época da edição da súmula sejam alcançados por seus efeitos: "Com efeito, a tese de que o julgamento dos recursos interpostos contra decisões proferidas antes da edição da súmula não deve obrigatoriamente observar o enunciado sumular (após sua publicação na imprensa oficial), data vênua, não se mostra em consonância com o disposto no art. 103-A, *caput*, da CF, que impõe o efeito vinculante a todos os órgãos do Poder Judiciário, a partir da publicação da súmula na imprensa oficial." (Rcl 6.541 e Rcl 6.856, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 25-6-2009, Plenário, *DJE* de 4-9-2009.) No mesmo sentido: Rcl 7.101, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 24-2-2011, Plenário, *DJE* de 9-8-2011.

³⁵⁵ Nesse sentido, SILVA, *Curso ...*, 2009, p. 566. Para Gilmar Ferreira Mendes, "Parece abusivo, nesse contexto, que se admita a reclamação sem que se envidem esforços para a solução da controvérsia no âmbito administrativo. Aqui reside um dos pontos mais delicados e mais relevantes do novo sistema inaugurado pela Emenda Constitucional n. 45/2004. É que não se pode substituir a crise numérica, ocasionada pelo recurso extraordinário, pela multiplicação de reclamações formulada diretamente contra a Administração perante o Supremo Tribunal Federal." MENDES, *In*: COELHO; BRANCO; MENDES, *Curso...*, p. 1014. Em consulta ao site do Supremo, nota-se relevante variação no número de reclamações constitucionais ajuizadas após a edição da Súmula Vinculante n.º 1, em junho de 2007. Em 2006, ano imediatamente anterior à vigência da SV n.º 1, haviam sido distribuídas 837 reclamações constitucionais. Em 2008, ano imediatamente posterior, esse número praticamente dobrou, alcançando 1625 reclamações ajuizadas. Ao final de 2012, haviam sido distribuídas 1886 reclamações constitucionais, contra a marca de 202 pouco mais de dez anos antes (em 2001). Fonte: www.stf.jus.br.

³⁵⁶ SIFUENTES, Mônica. *Súmula Vinculante: um estudo sobre o poder normativo dos Tribunais*, São Paulo, Saraiva, 2005. p. 275.

conteúdo da súmula deve ser circunscrito ao que previsto na própria Constituição: "a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica." (art. 103-A, § 1.º).

Note-se que a Constituição aponta dois limites materiais: um, no sentido de que a súmula terá por objeto a validade, interpretação e eficácia de normas específicas, ou seja, não se criam originariamente normas cujo conteúdo envolva matérias ainda não trabalhadas pelo legislador positivo. O outro limite é a exigência constitucional de controvérsia atual entre os entes vinculados ao enunciado sumular, controvérsia esta que sinalize a ocorrência de grave insegurança jurídica e de relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica. Ou seja, é necessário que o teor da súmula seja construído a partir de questões para cuja solução o Judiciário tenha sido provocado a decidir.

Em termos formais, há o limite do processo de formação do enunciado sumular vinculante. O procedimento, por evidente, está muito aquém da complexidade e pluralidade experimentadas no âmbito parlamentar. Apesar disso, não deixa de ser aberto aos demais intérpretes da Constituição, tanto para a edição da súmula como para sua revisão ou cancelamento. De acordo com a Constituição e a legislação especial em vigor, a edição da súmula é impulsionada pelo Supremo de ofício ou mediante provocação, sendo os legitimados para provocá-lo os mesmos para a propositura de ação direta, além do Defensor Público-geral da União e demais tribunais, originariamente, e Municípios, incidentalmente.³⁵⁷

Particularmente, os efeitos da súmula vinculante são, também, limitados. Assim como válido para as decisões de mérito proferidas no controle abstrato da constitucionalidade, estão vinculados à pronúncia via súmula todos os órgãos do Poder Judiciário e da administração pública direta e indireta, nas esferas federal,

³⁵⁷ Lei n.º 11.417/2006, art. 3.º, incisos e § 1.º.

estadual e municipal. É de se observar, todavia, que o âmbito de incidência da súmula é capaz de estender o alcance de seus efeitos. Neste ponto, observa Mônica Sifuentes que “Difere, a súmula vinculante, portanto, em sua concepção, dos *assentos portugueses*, por se dirigir apenas aos próprios tribunais e autoridades públicas”, ao que acrescenta: “Na prática, porém, acabará por vincular também os contratos e relações de natureza privada, que se orientam pela previsibilidade das decisões dos tribunais.”³⁵⁸ No que diz respeito à possibilidade de rediscussão, em sede legislativa, dos temas trabalhados por meio de súmula vinculante, vale aqui o mesmo que apontado anteriormente a respeito da revisão legislativa de atos judiciais.³⁵⁹

Nota-se, pois, que a súmula vinculante, apesar de seu caráter normativo, também é um espaço onde se pode contar com a participação dos demais interessados no processo público de construção da Constituição. Além dos legitimados para a apresentação de proposta de edição, revisão ou cancelamento de súmula vinculante, a lei autoriza, também, que o relator admita, por decisão irrecurável, a manifestação de terceiros na questão sob discussão (art. 3.º, § 2.º). A publicidade dos debates para a formulação das súmulas, a partir de suas propostas, serve como conteúdo de base para o controle público sobre o seu processo de elaboração.

Outra medida providenciada pela EC nº 45/04 foi o requisito da repercussão geral nos recursos extraordinários, regulamentado pela Lei federal

³⁵⁸ Idem, p. 262.

³⁵⁹ No mesmo sentido: TAVARES, André Ramos. Perplexidades do novo instituto da súmula vinculante no direito brasileiro. In: *Revista Brasileira de Direito Público* – RBDP, Belo Horizonte, ano 4, n. 12, p. 147-161, jan./mar. 2006. p. 152. Daí não fazer sentido que norma resultante de súmula vinculante seja alterável apenas mediante emenda constitucional, como pontua Sérgio Sérulo da Cunha (CUNHA, Sérgio Sérulo da. A Emenda Constitucional n.º 45 (Reforma do Judiciário). In: *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*. Belo Horizonte, n. 6, jul./ dez. 2005. p. 660). Correta a observação de Glauco Salomão Leite, para quem “as decisões que respaldam as súmulas vinculantes não buscam, tal como se dá na reforma da Constituição, uma alteração do próprio texto constitucional, seja introduzindo novos enunciados, seja suprimindo ou modificando artigos.” (LEITE, Glauco Salomão. *Súmula vinculante e jurisdição constitucional brasileira*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 109.)

n.º 11.418/2006, e pelo Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.³⁶⁰ Eis o teor do art. 102, § 3.º, acrescentado à Constituição pela referida emenda:

No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros.

O filtro da repercussão geral surge como medida necessária à redução do volume de processos que chegam à Suprema Corte. Com efeito, esse era argumento que sustentava já as propostas de emenda à constituição originárias, e seus substitutivos, antes de se ter uma versão final consolidada na EC 45/04.³⁶¹ Tendo sido a repercussão geral regulamentada no final de 2006, pontue-se, a título ilustrativo, que entre o final de 2007 e final de 2012, houve uma redução na ordem de 43.600 recursos extraordinários distribuídos ao Supremo Tribunal Federal, não apenas em virtude do filtro da repercussão geral, mas, também, da súmula vinculante e outros mecanismos de afunilamento no acesso ao Tribunal.

362

Rodolfo de Camargo Mancuso observa que, dentre as competências do Supremo Tribunal Federal, é o recurso extraordinário o responsável pelo maior volume de ações que chegam diariamente à Suprema Corte:

Se considerarmos as competências do STF, não será difícil constatar que o acúmulo de serviço judiciário não deriva das causas de que ele conhece originariamente (CF, art. 102, I e alíneas): muitas delas não são apresentadas amiúde; outras resolvem-se no chamado *juízo de delibação*, ou seja, de revisão sob o aspecto formal; em outras, cuida-se de julgamento de altas autoridades, por

³⁶⁰ Ainda que a regulamentação, pelo Regimento Interno do Tribunal, seja questionável, caso entendido se tratar de matéria processual, cuja competência legislativa privativa é atribuída constitucionalmente à União (art. 23, I da CF). Em sentido contrário: DANTAS, Bruno. *Repercussão geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 278, para quem "a competência para temas de governo interno em regimento interno decorre diretamente da Constituição, e não da previsão legal." Também: PORTO, Sérgio Gilberto; USTÁRROZ, Daniel. A repercussão geral das questões constitucionais no recurso extraordinário (inovações procedimentais da Lei 11.418 e na Emenda Regimental 21 do STF). In: ASSIS, Araken de *et alii*. (Coord.). *Direito civil e processo*. Estudos em homenagem ao Professor Arruda Alvim. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 1496- 1497.

³⁶¹ Conforme aponta levantamento histórico feito por Bruno Dantas (*op. cit.*, p. 211-216).

³⁶² Fonte: www.stf.jus.br. Acesso em: 21 jun. 2013.

crimes comuns ou de responsabilidade. Também descartamos que a origem desse acúmulo esteja nas causas que envolvem crimes políticos (CF, art. 102, II, *b*), já que seu número não é particularmente expressivo. Quanto ao *habeas corpus*, mandado de segurança, *habeas data* e mandado de injunção denegados em última instância pelos Tribunais Superiores (CF, art. 102, II, *a*), e bem assim quanto às ações diversas no âmbito do controle direto da inconstitucionalidade de leis e atos do Poder Público (CF, art. 102, §§ 1.º e 2.º; art. 103, § 2.º; Leis 9.868/99 e 9.882/99), malgrado sua incontestável relevância no contexto jurídico-político nacional, não parecem compor um volume de processos tão significativo a ponto de comprometer a marcha normal do serviço judiciário no STF.

[...]

De concreto, e atual, pois, remanesce como causa mais palpável o próprio recurso extraordinário, pelo notável volume de processos que através dele chegam ao STF. Com razão, pois, o Min. José Carlos Moreira Alves afirma: ‘O que se convencionou denominar a crise do Supremo Tribunal Federal e que, em verdade, é a crise do *recurso extraordinário*, deu margem a uma série de providências legais e regimentais para que a Corte não soçobrasse em face do volume de recursos que a ela subiam.’³⁶³

O argumento conduz a uma série de outros questionamentos: a necessidade de um rearranjo das competências constitucionais dos tribunais superiores; a criação de uma verdadeira Corte Constitucional, no Brasil; incentivos a medidas conciliatórias e, também, preventivas de intervenção judicial, como mecanismos de redução da carga litigiosa nos tribunais, são exemplos.

Por ora, todavia, interessa o requisito da repercussão geral enquanto via de participação dos concernidos no processo de construção da Constituição.

A doutrina aponta a repercussão geral como requisito de admissibilidade de recursos extraordinários.³⁶⁴ Trata-se de preliminar formal a ser suscitada pela parte que interpõe o recurso perante o tribunal de origem. É bem possível,

³⁶³ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso extraordinário e recurso especial*. 10. ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 100. Sem grifo no original.

³⁶⁴ Conforme pontua Bruno Dantas, a decisão que inadmitte o extraordinário pela ausência do requisito da repercussão geral é declaratória, o que enquadraria o instituto na categoria de critério de admissibilidade recursal. Cf. DANTAS, *op. cit.*, p. 218. No mesmo sentido, AZEM, Guilherme Beux Nassif. *Repercussão geral da questão constitucional no Recurso Extraordinário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 36; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Repercussão geral no recurso extraordinário*. 2. ed.. rev. e atual.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 32-33.

todavia, que por se tratar, a representatividade da controvérsia, de matéria de ordem pública, devesse ser levantada e analisada de ofício pelo Supremo Tribunal Federal.³⁶⁵ Some-se a isso a dificuldade encontrável pelo recorrente em conhecer, *a priori*, a transcendência e interesse público do tema objeto de seu recurso. É o que conclui Elton Venturi:

Outro forte motivo para se entender que a análise da repercussão geral compete ao STF, independentemente de arguição, reside na natural dificuldade (senão inviabilidade) de o recorrente, por si só, demonstrar ou, antes mesmo, ter ciência exata da dimensão transcendente que a lide possui, a ponto de justificar apreciação pelo tribunal. Não é por outro fundamento, aliás, que se prevê inclusive a possibilidade de terceiros se manifestarem perante o relator do recurso extraordinário, para fins de justificativa do pressuposto da repercussão.³⁶⁶

A manifestação de terceiros, a que se refere o autor, será vista mais adiante.

A Constituição não circunscreve um conteúdo específico para que se possa identificar o que seja matéria de repercussão geral. A tarefa ficou reservada ao legislador ordinário, que acrescentou os artigos 543-A e 543-B ao Código de Processo Civil em vigor. De acordo com o art. 543-A, § 1.º, "Para efeito da repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa."

A abertura da cláusula legal levou a doutrina a constuir entendimentos acerca do que poderiam configurar questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico. José Miguel Garcia Medina assim exemplifica:

(a) *relevância econômica*, como aquelas que se vê em ações que discutem, por exemplo, o sistema financeiro da habitação ou a privatização de serviços públicos essenciais, como a telefonia, o saneamento básico, a infraestrutura etc;

³⁶⁵ Essa a opinião de: VENTURI, Elton. Anotações sobre a repercussão geral como pressuposto de admissibilidade do recurso extraordinário. In: MEDINA, José Miguel Garcia *et alii* (Org.). *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais*. Estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 911-917.

³⁶⁶ VENTURI, *op. cit.*, p. 915.

(b) *relevância política*, quando, por exemplo, de uma causa possa emergir decisão capaz de influenciar relações com Estados estrangeiros ou organismos internacionais;

(c) *relevância social* há numa ação em que se discutem problemas relativos à escola, à moradia, à saúde ou mesmo à legitimidade do Ministério Público para a propositura de certas ações;

(d) *relevância jurídica* no sentido estrito existe, por exemplo, quando esteja *sub judice* o conceito ou a noção de um instituto básico de nosso direito, de molde a que aquela decisão, se subsistir, possa significar perigoso e relevante precedente, como, por exemplo, a de *direito adquirido*.³⁶⁷

A necessidade de que as questões discutidas no recurso extraordinário ultrapassem os interesses subjetivos da causa conduz a que "a potencialidade de as questões discutidas" venham a "interessar indiretamente um largo espectro de pessoas".³⁶⁸ Ou seja, interessa não só que os temas discutidos no âmbito do recurso extraordinário tenham relevância transcendente às partes, como, também, que provoquem efeitos importantes na esfera jurídica de não envolvidos. A letra da lei pode levar a compreender que recursos extraordinários em ações coletivas guardem intrinsecamente uma potencialidade de terem seu exame admitido pelo Tribunal.³⁶⁹ Observe-se, todavia, que a lei fala em transcendência dos interesses subjetivos *da causa*. Daí ser importante lembrar a *potencialidade*, apenas, de análise do mérito do recurso pela Suprema Corte.

Muito embora a repercussão geral aparente ser um canal de fechamento para debates acerca de questões constitucionais no âmbito da Corte, trata-se, na verdade, de um mecanismo de racionalização dos trabalhos do Tribunal, e que não deixa de configurar, por outro lado, um canal de abertura, se observado desde outra perspectiva.

³⁶⁷ MEDINA, José Miguel Garcia. *Prequestionamento e repercussão geral: e outras questões relativas aos recursos especial e extraordinário*. 5. ed. rev. e atual.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 84.

³⁶⁸ DANTAS, *op. cit.*, p. 220.

³⁶⁹ DANTAS, *op. cit.*, p. 243-244. Também: MEDINA, José Miguel; WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Repercussão geral e súmula vinculante: relevantes novidades trazidas pela EC n. 45/2004. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et alii* [Coord.]. *Reforma do Judiciário: primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional n.º 45/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 377.

A legislação especial prevê que "Haverá repercussão geral sempre que o recurso impugnar decisão contrária a súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal" (art. 543-A, § 3.º). Nota-se, aqui, que a repercussão geral deixa de ser limite de acesso à Suprema Corte, quando o recurso chamar a atenção do Tribunal para não a observância, pelo órgão *a quo*, de entendimento jurisprudencial previamente consolidado. Trata-se de uma via de acesso para a discussão de questões constitucionais no âmbito do Supremo Tribunal Federal.

Sobre o juízo da Corte acerca da existência da preliminar de repercussão geral, entende-se que se trata de ato político, discricionário da Corte. Daí a legislação prever ser essa decisão irrecorrível (salvo a hipótese de embargos declaratórios, conforme art. 535, I e II do CPC). A não recorribilidade decorreria, justamente, do fato de o juízo de admissibilidade do recurso com base na repercussão geral da matéria configurar ato político do Tribunal.³⁷⁰ Observa Arruda Alvim, a decisão sobre a existência de repercussão geral implica em um conhecimento intuitivo, "que prescinde de uma demonstração mais minuciosa"³⁷¹ nada obstante a obrigatória publicidade da decisão.

O sistema importa o reconhecimento, na esteira do que contemporaneamente se aceita, se recomenda e mesmo se enfatiza de adjudicar-se papel político ao juiz, a partir de sua função – ainda que a ela circunscrito –, tendo em vista como a função jurisdicional interage com a sociedade.³⁷²

A publicidade das decisões sobre repercussão geral está prevista no Regimento Interno do Tribunal: "Art. 329. A Presidência do Tribunal promoverá ampla e específica divulgação do teor das decisões sobre repercussão geral, bem como formação e atualização de banco eletrônico de dados a respeito."

³⁷⁰ "Precisamente por se tratar de ato político, ainda que interpretativo, e em que se aplica um conceito vago, avaliado pelo mais alto Tribunal do País, em sessão de Conselho, é que este ato não comporta recurso, como se diz no próprio art. 328, VII [do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal]. E, mais ainda, não comporta ele comprometimento por qualquer outro meio, como, v.g., por ação rescisória, o que se constitui, para a hipótese vertente, em regra absolutamente geral." *Idem*, p. 224.

³⁷¹ ALVIM, Arruda. A EC n. 45 e o instituto da repercussão geral. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et alii* [Coord.]. *Reforma do Judiciário*: primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional n.º 45/2004. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 78-79.

³⁷² ALVIM, *op. cit.*, p. 82.

Apesar da necessária publicidade das decisões, o procedimento de sua elaboração pelos ministros gera controvérsias. Conforme observam Sérgio Porto e Daniel Ustárroz, "o relator poderá submeter, por meio eletrônico, aos demais Ministros cópia de sua manifestação sobre a existência ou não da repercussão geral (art. 323 do Regimento)." Além disso, "os demais Ministros poderão encaminhar sua decisão, no prazo comum de 20 dias (art. 324), sendo presumida a repercussão geral caso os demais Ministros silenciem nesse prazo."³⁷³ Presumida a repercussão, não parece haver prejuízo à parte recorrente. A propósito, a legislação especial prevê que o reconhecimento da preliminar formal por quatro ministros de uma mesma Turma dispensa a remessa do recurso ao plenário (art. 543-A, § 4.º do CPC). O contrário, porém, não é permitido, pois a Constituição prevê que a recusa à repercussão geral depende de voto de dois terços dos ministros.

A controvérsia, portanto, gira em torno da manifestação via plenário virtual. É que, por esta via, o debate entre ministros acerca da relevância da controvérsia da questão poderia ser prejudicado. A crítica procede. Todavia, concorde-se que a medida se sustenta sobre o atendimento ao direito fundamental à razoável duração do processo.³⁷⁴ Além disso, nada impede que, havendo forte discordância, uma discussão entre os ministros seja suscitada. Nesse respeito, observe-se que em média 70% dos recursos extraordinários submetidos ao Supremo têm repercussão geral reconhecida.³⁷⁵ A estatística sugere que o Tribunal tem uma compreensão aberta acerca do que caracterize ampla representatividade de uma determinada controvérsia.

A Constituição, tampouco a legislação específica, exigiram que houvesse a formalidade de lavratura de acórdão da decisão que diz sobre a repercussão geral. Vejam-se as palavras de Humberto Theodoro Junior nesse sentido:

Aliás, a desnecessidade de acórdão já havia sido prevista, expressamente, no art. 543-A, § 7.º, do CPC, em que se contenta com a publicação de súmula da decisão

³⁷³ PORTO; USTÁRROZ, *op. cit.*, p. 1496-1497.

³⁷⁴ No mesmo sentido, DANTAS, *op. cit.*, p. 284-285.

³⁷⁵ Cf. dados obtidos no sítio eletrônico do Tribunal: www.stf.jus.br. Acesso em: 23 jun. 2013.

a respeito da preliminar em torno da repercussão. Ademais, já consta de lei a autorização para a ampla adoção do processo eletrônico na Justiça brasileira, cujos moldes práticos de implantação já foram confiados à regulamentação dos tribunais na esfera de suas circunscrições (lei 11.419, de 19.12.2006, art. 18).³⁷⁶

É a publicidade no julgamento da repercussão geral, justamente, a nota que diferencia o instituto da antiga arguição de relevância. Nesse sentido, lembra Bernardo Pimentel Souza que "a repercussão geral deve ser julgada em sessão pública, e a respectiva recusa depende de fundamentação, ainda que concisa (art. 543-A, § 7.º, do CPC)." ³⁷⁷ A obrigatória admissibilidade do recurso quando interposto de decisão que contrarie entendimento consolidado no Tribunal é vista, também, como limite ao juízo discricionário da Suprema Corte: "Só há uma hipótese objetiva na Lei 11.418/2006: há a repercussão geral *ex vi legis* quando o julgado recorrido está em divergência com jurisprudência predominante do STF, a qual pode estar consolidada na Súmula da Corte ou não." ³⁷⁸

Vê-se, portanto, que o juízo discricionário do Tribunal acerca da existência de repercussão geral da controvérsia é equilibrado tanto pelos limites a tal juízo (controvérsia fundada sobre divergência a jurisprudência predominante dispensa comprovação de repercussão geral), quanto pela ampla publicidade de tais decisões. O dado de que a maioria absoluta das questões submetidas ao Tribunal sejam analisadas (cerca de 70%), também tem sua importância.

Finalmente, observe-se que o art. 543-A, § 6.º, do CPC, prevê que "O Relator poderá admitir, na análise da repercussão geral, a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal." Seriam terceiros potencialmente afetados pelos

³⁷⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. O poder de controle do cabimento do recurso extraordinário referente ao requisito da repercussão geral (CF, art. 102, § 3.º). In: MEDINA, José Miguel Gargia *et alii* (Org.). *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais*. Estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 929-941. p. 938.

³⁷⁷ SOUZA, Bernardo Pimentel. Apontamentos sobre a repercussão geral no recurso extraordinário. In: ASSIS, Araken de *et alii*. (Coord.). *Direito civil e processo*. Estudos em homenagem ao Professor Arruda Alvim. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 1230.

³⁷⁸ SOUZA, *op. cit.*, p. 1232.

efeitos da decisão, ou apenas terceiros interessados em eventual discussão acerca da repercussão geral da questão constitucional? A lei não deixa claro. O art. 543-B do CPC prevê que, interpostos diversos recursos fundados sobre mesma questão constitucional de que se alegue repercussão geral, caberá ao Tribunal de origem selecionar um ou mais representativos da controvérsia, sobrestando todos os demais até julgamento definitivo pelo Supremo. Por essa razão, Garcia Medina entende que a participação de terceiros a que se refere o art. 543-A, § 6.º poderia ser estendida a recorrente que tenha tido seu recurso sobrestado na instância inferior "em razão da subida de recurso extraordinário 'com fundamento em idêntica controvérsia' interposto por outra pessoa".³⁷⁹

[...] no exame da repercussão geral das questões constitucionais discutidas no RE, os *amici curiae* podem ser, por exemplo, organizações não-governamentais de defesa das liberdades civis interessadas em demonstrar ao STF o impacto que as questões em debate no recurso têm perante a sociedade. Esse impacto, é bom que se diga, é exatamente o conteúdo da repercussão geral, e será examinado no juízo de admissibilidade.³⁸⁰

Vê-se, portanto, que a súmula vinculante e a repercussão geral são inovações que configuram cláusulas de abertura para uma atividade política judicial (seja em termos normativos, como é o caso da súmula, seja em termos de juízo discricionário de relevância, como é o caso da repercussão geral). Destinam-se a restringir o acesso à Suprema Corte para a discussão de questões constitucionais, tendo todavia como fundamento principal uma racionalização dos trabalhos, sem deixar de levar em conta o necessário controle público e a participação dos concernidos, em alguma medida, no seu manejo. É importante lembrar que tanto a súmula vinculante, como a repercussão geral, embora não imunes a críticas, passaram a vigor a partir de reforma constitucional e atividade legislativa, ambas operadas via procedimento específico na esfera parlamentar. O

³⁷⁹ De acordo com o qual "Caberá ao Tribunal de origem selecionar um ou mais recursos representativos da controvérsia e encaminhá-los ao Supremo Tribunal Federal, sobrestando os demais até o pronunciamento definitivo da Corte." No sentido apontado acima: MEDINA, *Prequestionamento e repercussão geral*, p. 345.

³⁸⁰ DANTAS, *op. cit.*, p. 300.

processo legislativo, ao menos em tese, é o espaço público por excelência para a deliberação acerca das ferramentas jurídicas a serem operadas pelo Poder Judiciário.

4 Instituições e sociedade

4.1 O processo público

A publicidade dos atos processuais, enquanto atos estatais, é requisito essencial à constituição de um Estado Democrático de Direito. Todo ato estatal deve ser sujeito a controle daqueles que lhe sejam concernidos, direta ou indiretamente, sendo que a publicidade de tais atos é imprescindível à própria operatividade desse controle.

Por sua importância, a publicidade dos atos estatais foi consagrada na Constituição de 1988 como direito fundamental, no art. 5.º, XXXIII, que assim dispõe:

[...] todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado;

O dispositivo recebeu nova regulamentação pela Lei federal n.º 12.527/11. Trata-se da Lei de Acesso à Informação, festejada pela comunidade política em geral e ferramenta que aumenta a transparência da execução orçamentária, ao lado da Lei de Responsabilidade Fiscal e da Lei Complementar n.º 131. A novel regulamentação cuida especificamente da publicidade de atos no âmbito administrativo, ainda que dentro do Poder Judiciário. Nada obstante, a Constituição não deixa de cuidar da publicidade dos atos judiciais, quando assim dispõe no art. 93, IX:

[...] todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;

A leitura dos dispositivos constitucionais conduz a dois desdobramentos.

O primeiro deles é que a própria Constituição prevê restrições à publicidade dos atos estatais, basicamente em situações nas quais seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado (art. 5.º, XXXIII) e quando não prejudique o interesse público de acesso à informação (at. 93, IX). Em sintonia com as exceções constitucionais, o sigilo de determinadas diligências e atos processuais encontra-se previsto em legislação infraconstitucional específica, como é o caso do art. 155 do CPC,³⁸¹ do art. 792 do CPP³⁸² e do art. 770 da CLT,³⁸³ todos recepcionados pela ordem constitucional de 1988, até que seja firmado entendimento em contrário. As leis federais n.º 9.035/95 (organizações criminosas) e n.º 9.296/96 (interceptações telefônicas) cuidam de apontar dispositivos específicos no que diz respeito ao sigilo de atos na investigação criminal e instrução processual penal dos crimes relacionados.³⁸⁴

O outro desdobramento é a necessidade de fundamentação das decisões judiciais. Com efeito, o controle público sobre a racionalidade jurisdicional não seria possível se ausentes, justamente, as razões de decidir. A fundamentação é

³⁸¹ "Art. 155. Os atos processuais são públicos. Correm, todavia, em segredo de justiça os processos:

I - em que o exigir o interesse público;

II - que dizem respeito a casamento, filiação, separação dos cônjuges, conversão desta em divórcio, alimentos e guarda de menores.

Parágrafo único. O direito de consultar os autos e de pedir certidões de seus atos é restrito às partes e a seus procuradores. O terceiro, que demonstrar interesse jurídico, pode requerer ao juiz certidão do dispositivo da sentença, bem como de inventário e partilha resultante do desquite."

³⁸² "Art. 792. As audiências, sessões e os atos processuais serão, em regra, públicos e se realizarão nas sedes dos juízos e tribunais, com assistência dos escrivães, do secretário, do oficial de justiça que servir de porteiro, em dia e hora certos, ou previamente designados.

§ 1.º. Se da publicidade da audiência, da sessão ou do ato processual, puder resultar escândalo, inconveniente grave ou perigo de perturbação da ordem, o juiz, ou o tribunal, câmara, ou turma, poderá, de ofício ou a requerimento da parte ou do Ministério Público, determinar que o ato seja realizado a portas fechadas, limitando o número de pessoas que possam estar presentes.

§ 2.º. As audiências, as sessões e os atos processuais, em caso de necessidade, poderão realizar-se na residência do juiz, ou em outra casa por ele especialmente designada."

³⁸³ "Art. 770. Os atos processuais serão públicos salvo quando o contrário determinar o interesse social, e realizar-se-ão nos dias úteis das 6 (seis) às 20 (vinte) horas."

³⁸⁴ CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO, *op. cit.*, p. 78-80.

exigência constitucional pelo fato da decisão judicial gerar efeitos sobre a autonomia pública e privada de todos os concernidos, seja de maneira direta, seja de maneira indireta. A exigência de fundamentação destina-se a corrigir arbitrariedades, decisionismos, além de fornecer elementos para que a decisão possa ser discutida, no âmbito do processo ou na arena pública.

A efetiva publicidade dos julgamentos, acompanhada da exigência de fundamentação as decisões, tem permitido ao espaço de construção da decisão judicial uma maior abertura a canais de participação, particularmente pelo uso de mecanismos como os amigos da corte (*amici curiae*) e as audiências públicas. Ambas as ferramentas têm sido utilizadas em todas as instâncias de jurisdição, mas é no âmbito do Supremo Tribunal Federal, em sede de fiscalização abstrata da constitucionalidade, que assumem maior notoriedade, particularmente pela ampla publicidade dos julgamentos da Suprema Corte.

Em sede de controle abstrato da constitucionalidade, a figura do *amicus curiae* acha-se prevista no art. 7.º, § 2.º da Lei federal n.º 9.868/99, que regulamenta o processo e julgamento de ações diretas no âmbito do Supremo Tribunal Federal.³⁸⁵ Referido dispositivo prevê que "O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades." A abertura procedimental tem permitido que *experts* na matéria sob discussão e entidades representativas da sociedade civil sejam ouvidos nos processos de fiscalização abstrata perante o Supremo. Os *amici curiae* não possuem legitimidade recursal.³⁸⁶ O Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal admite a possibilidade de sustentação oral

³⁸⁵ A mesma lei estendeu a possibilidade de participação de interessados na discussão de questão constitucional em sede de incidente de inconstitucionalidade, nos Tribunais inferiores (art. 482 do Código de Processo Civil).

³⁸⁶ Exceto para impugnar decisão de não admissibilidade de sua intervenção nos autos. Cf. ADI 3.615-ED, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 17-3-2008, Plenário, *DJE* de 25-4-2008.) No mesmo sentido: ADI 3.934-ED-segundo-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 24-2-2011, Plenário, *DJE* de 31-3-2011; ADI 2.591-ED, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 14-12-2006, Plenário, *DJ* de 13-4-2007.

de seus argumentos.³⁸⁷ Trata-se de um mecanismo para robustecer o debate sobre questões constitucionais de alta relevância e expressivo impacto nacional.

A possibilidade de oitiva da sociedade civil em processos de fiscalização abstrata, por meio da realização de audiências públicas, está prevista também na Lei nº 9.868/99,³⁸⁸ e na Lei nº 9.882/99.³⁸⁹ Audiências públicas em sede de controle abstrato de constitucionalidade são grandes novidades trazidas por estas normativas, de modo que não mais se pode falar na impossibilidade de julgamento da ação de controle abstrato por necessidade de dilação probatória, para apreciação de questões factuais.³⁹⁰ De fato, o método hermenêutico de simples confronto da norma constitucional-parâmetro com o ato atacado (ou

³⁸⁷ Art. 131, § 3.º do RISTF: "Admitida a intervenção de terceiros no processo de controle concentrado de constitucionalidade, fica-lhes facultado produzir sustentação oral, aplicando-se, quando for o caso, a regra do § 2º do artigo 132 deste Regimento."

³⁸⁸ Os permissivos legais, tanto para a ADI (art. 9º, § 1º) quanto para a ADC (art. 20, § 1º), têm conteúdo idêntico: "Em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria."

Uma observação deve ser feita, acerca da participação de peritos e comissões de peritos em sede de fiscalização abstrata. Esta faculdade legal, embora compartilhe do mesmo lugar positivo ocupado pela realização de audiências públicas, não caracteriza, propriamente, abertura para a participação democrática no controle abstrato. Isso porque o comparecimento dos peritos e comissão de peritos aos autos não é espontâneo, mas decorre de requisição do relator do processo enquanto mero auxílio no deslinde de questões especificamente técnicas. A participação de expertos e/ou comissões destes assume muito mais o caráter de produção de provas do que de participação democrática dos sujeitos no controle abstrato da constitucionalidade.

³⁸⁹ O art. 6º, § 1º da Lei da ADPF guarda evidente similitude com os pré-citados dispositivos da Lei da ADI e da ADC: "Se entender necessário, poderá o relator ouvir as partes nos processos que ensejaram a arguição, requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou ainda, fixar data para declarações, em audiência pública, de pessoas com experiência e autoridade na matéria."

³⁹⁰ A esse respeito, Gilmar Ferreira Mendes traz julgamento paradigmático nos Estados Unidos, no qual restou clara a indissociabilidade entre questões fáticas e jurídicas no exercício do exame da constitucionalidade. Segundo o autor, "Nos Estados Unidos, o chamado *"Brandeis-Brief"* – memorial utilizado pelo advogado Louis D. Brandeis, no case *Müller versus Oregon (1908)*, contendo duas páginas dedicadas às questões jurídicas e outras 110 voltadas para os efeitos da longa duração do trabalho sobre a situação da mulher – permitiu que se desmistificasse a concepção dominante, segundo a qual a questão constitucional configurava simples 'questão jurídica' de aferição de legitimidade de lei em face da Constituição (*Jurisdição Constitucional...*, p. 248.) . O mesmo é válido para a ação declaratória de constitucionalidade e para a arguição de descumprimento de preceito fundamental. Cf. MENDES, *Curso de Direito Constitucional...*, p. 1084 e 1117-1118.

defendido, no caso da ADC), dá lugar a uma apreciação mais ampla do objeto no processo objetivo, relacionando *norma* e *fato*, ensejando a construção de conhecimento que envolve “a investigação integrada de elementos fáticos e jurídicos.”³⁹¹

Porém, nada obstante a legislação mostrar-se parelha ao constitucionalismo democrático, a Constituição de 5 de outubro de 1988 precisou alcançar a maioria para que o princípio democrático, por ela amplamente acolhido,³⁹² tivesse sua relevância significativamente reconhecida no âmbito da fiscalização abstrata de constitucionalidade. De fato, apenas em 19 de dezembro de 2006 foi dado espaço à primeira audiência pública em sede de controle abstrato (a qual viria a ser realizada apenas mais tarde, em 20 de abril de 2007), por ocasião de despacho proferido pelo relator da ação direta de inconstitucionalidade nº 3510, Ministro Carlos Ayres Britto, hoje com decisão definitiva, pela *improcedência* da ação.³⁹³

Discutia-se, na ADI nº 3.510, proposta pelo então Procurador-geral da República, a constitucionalidade de lei autorizativa da manipulação genética de células-tronco embrionárias, para fins de pesquisa e processos terapêuticos. No

³⁹¹ *Idem, ibidem.*

³⁹² Eis alguns exemplos: representação dos empregados frente ao empregador e nas esferas de deliberação sobre de interesses da classe (arts. 10 e 11); fiscalização, pela população, das contas dos municípios (art. 31); formas de participação do usuário na administração pública (art. 37, § 3º); possibilidade de denúncia ao TCU, por qualquer cidadão, de irregularidades ou ilegalidades na administração pública (art. 74, § 2º); caráter democrático da gestão da seguridade social, com participação dos trabalhadores, empregadores e aposentados (art. 194, VII); gestão democrática do ensino público (art. 206, VI); proteção do patrimônio público, pelo Poder Público, com a colaboração da comunidade (art. 216, § 1º). Cf. SILVA, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 2006, p. 142.

³⁹³ Em 29 de maio de 2008, pela maioria de 6 votos a 5, o Tribunal reconheceu a constitucionalidade do art. 5.º da lei n.º 11.105/05 (Lei de Biossegurança), o qual fixa condições para a manipulação genética de células-tronco embrionárias. Em seu voto, o Ministro-Relator sustentou seus argumentos, basicamente, sobre a premissa de que o embrião resultante da fertilização *in vitro* somente tem expectativa de *desenvolvimento* e de *nascimento* se inserido em um útero humano. Logo, merece tratamento jurídico distinto do embrião *intra-uterino*, este sim dotado de direitos patrimoniais e extrapatrimoniais protegidos pelo Direito. Sustentou, ainda, que a legislação infraconstitucional (Lei n.º 9.434/97) prevê que a personalidade civil encerra-se com a morte cerebral, o que permite concluir que a vida tem início com a formação do tubo neural, ainda inexistente na célula-tronco. Por fim, valeu-se da proteção constitucional do direito à vida, como argumento forte para a continuação das pesquisas em prol do salvamento das vidas de pessoas já nascidas. Disponível em: www.stf.gov.br. Acesso em: 26 mar. 2008.

processo, o Min. Relator ressaltou a necessidade, pioneira, de ampla oitiva da sociedade civil, em virtude da relevância da matéria sob discussão, bem como das inúmeras controvérsias sobre o direito à vida. Contudo, uma vez que se tratava da primeira audiência pública levada a cabo no âmbito do Supremo, e em razão de inexistir procedimento específico para sua ocorrência,³⁹⁴ o Ministro valeu-se de regras previstas no Regimento Interno da Câmara dos Deputados, artigos 255 a 258, às audiências públicas na forma do art. 58, § 2º, II da Constituição.³⁹⁵ A similitude substancial entre o procedimento parlamentar e o adotado pelo Supremo concerne *i)* à necessidade de instrução da matéria sob discussão; *ii)* ao tratamento, nas audiências, de assuntos de interesse público relevante; e, *iii)* à competência da autoridade em questão para selecionar outras

³⁹⁴ Regina Maria Macedo Nery Ferrari alerta que as audiências públicas, no direito brasileiro, não contam com procedimento próprio, valendo, para fazer-lhe as vezes, o que previsto na legislação respectiva. Por exemplo, o Estatuto da Cidade (Lei n.º 10.257/01), a Lei de Responsabilidade Fiscal (LC n.º 101/00) e a Lei de Licitações (Lei n.º 8.666/93) estabelecem procedimentos próprios para a oitiva da sociedade sobre a matéria acerca da qual dispõem. FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. Participação democrática: audiências públicas. In: GRAU, Eros Roberto; CUNHA, Sérgio Sérvulo da. *Estudos de Direito Constitucional em homenagem a José Afonso da Silva*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 337-342.

³⁹⁵ Assim dispõem os arts. 255 a 258 da Resolução n.º 17 de 1989 (Regimento Interno da Câmara dos Deputados federais):

“Art. 255. Cada Comissão poderá realizar reunião de audiência pública com entidade da sociedade civil para instruir matéria legislativa em trâmite, bem como para tratar de assuntos de interesse público relevante, atinentes à sua área de atuação, mediante proposta de qualquer membro ou a pedido de entidade interessada.

Art. 256. Aprovada a reunião de audiência pública, a Comissão selecionará, para serem ouvidas, as autoridades, as pessoas interessadas e os especialistas ligados às entidades participantes, cabendo ao Presidente da Comissão expedir os convites. § 1º Na hipótese de haver defensores e opositores relativamente à matéria objeto de exame, a Comissão procederá de forma que possibilite a audiência das diversas correntes de opinião. § 2º O convidado deverá limitar-se ao tema ou questão em debate e disporá, para tanto, de vinte minutos, prorrogáveis a juízo da Comissão, não podendo ser apartado. § 3º Caso o expositor se desvie do assunto, ou perturbe a ordem dos trabalhos, o Presidente da Comissão poderá adverti-lo, cassar-lhe a palavra ou determinar a sua retirada do recinto. § 4º A parte convidada poderá valer-se de assessores credenciados, se para tal fim tiver obtido o consentimento do Presidente da Comissão. § 5º Os Deputados inscritos para interpelar o expositor poderão fazê-lo estritamente sobre o assunto da exposição, pelo prazo de três minutos, tendo o interpelado igual tempo para responder, facultadas a réplica e a tréplica, pelo mesmo prazo, vedado ao orador interpelar qualquer dos presentes.

Art. 257. Não poderão ser convidados a depor em reunião de audiência pública os membros de representação diplomática estrangeira.

Art. 258. Da reunião de audiência pública lavrar-se-á ata, arquivando-se, no âmbito da Comissão, os pronunciamentos escritos e documentos que os acompanharem. Parágrafo único. Será admitido, a qualquer tempo, o traslado de peças ou fornecimento de cópias aos interessados.”

autoridades e especialistas ligados às entidades interessadas no debate, e expedir-lhes o respectivo convite.

Em outras oportunidades, o Supremo Tribunal Federal valeu-se novamente das audiências públicas (nos mesmos termos procedimentais da ADI nº 3.510) como instrumento hábil a auxiliar na formação do convencimento dos ministros. Tal se deu em sede de outras duas arguições de descumprimento de preceito fundamental. Trata-se, uma delas, da ADPF n.º 101, proposta pelo então Presidente da República, onde se discutia a constitucionalidade da importação de pneus usados produzidos por países não integrantes do Mercosul. Neste processo, a Ministra Relatora Cármen Lúcia determinou a realização de audiência pública em virtude do caráter eminentemente técnico da matéria discutida nos autos.³⁹⁶ A audiência foi realizada em 27 de junho de 2008. A outra arguição é a ADPF nº 54, proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde, onde se discutia a constitucionalidade da interrupção da gravidez de fetos anencéfalos. Neste processo, o Min. Relator Marco Aurélio entendeu ser necessária a oitiva de expertos não só quanto à matéria de fundo, mas, também, naquilo que extrapolasse os limites do direito (logo, questões *fáticas*). Houve quatro audiências para a oitiva dos interessados, tendo a última sido realizada em 16 de setembro de 2008.

A característica comum a estes três processos foi a oportunidade de manifestação dos mais variados setores da sociedade civil no debate constitucional que permeava as matérias em discussão. Nas audiências públicas em questão, e de acordo com a questão sob exame, participaram entidades religiosas, científicas, de representação de classe, professores, ministros de Estado, e outros cujo conhecimento da matéria fosse notoriamente reconhecido. A indicação das autoridades e expertos decorre de iniciativa das partes da ação, bem como dos demais interessados (*amici curiae*) no processo, salvo quando a

³⁹⁶ O grande número de interessados levou à realização de sorteio, pelo Supremo, daqueles que participariam da audiência, tendo sido escolhidos quatro representantes de cada grupo, para manifestação e sustentação oral por 20 minutos cada. Disponível em: www.stf.gov.br. Acesso em: 20 set. 2008.

indicação decorrer de entendimento do próprio relator. Todavia, nada obsta que outras pessoas e entidades solicitem participação na audiência a ser realizada. Todos esses pedidos estão sujeitos a deferimento pelo relator do processo.

De se destacar, ainda, a relevância social dos temas em debate. Todos envolvem a proteção constitucional de bens jurídicos de elevada importância para a sociedade, o que, por si só, traz dificuldades à legitimidade democrática do julgador para posicionar-se a respeito. Por conta disso, a definição judicial acerca da proteção jurídica da vida humana e da dignidade da pessoa não pode prescindir da participação da sociedade civil. As complexas sociedades contemporâneas têm como traço peculiar a coexistência e necessária convivência de uma pluralidade de valores. O papel do direito é, pois, receber os impulsos dessa realidade cambiante e renovar-se constantemente em sua aplicação nos casos concretos. E a Constituição percebe essa mutação. Reflexo disso é a plurissignificação que normas constitucionais de *textura aberta* podem assumir, revelando, também, que distintos valores fundamentais para uma sociedade guardam a mesma relevância frente à *Constituição aberta, democrática e pluralista*.

O espaço democrático da audiência pública confere maior legitimidade à decisão judicial não apenas sob o viés da quantidade de informações de que disporá o julgador para a formação de seu convencimento, mas, também, por representar uma espécie de *acesso direto* às instâncias de decisão sobre temas que terão reflexo sobre toda a sociedade.³⁹⁷ Sob esse ângulo, a audiência pública regula o déficit de legitimidade da fiscalização da constitucionalidade.

³⁹⁷ Pode-se dizer, aqui, com Regina Ferrari, que as audiências públicas são mecanismos de participação popular em termos de democracia *semi-direta*, enquanto primeiras manifestações da democracia *participativa*. FERRARI, op. cit., p. 329. Embora, neste texto, a autora se referisse às audiências públicas *lato sensu*, e não no âmbito do processo constitucional, em específico, é possível captar suas ideias para as audiências públicas em sede de controle abstrato. A Ministra Cármen Lúcia, durante a audiência pública na ação direta sobre importação de pneus usados, afirmou que “A Constituição Federal determina a democratização não só dos processos políticos, mas também dos processos judiciais”. Cf. www.stf.gov.br. Acesso em 27 jun. 2008.

A participação de indivíduos e organizações da sociedade civil no debate em processos judiciais permite que os concernidos tenham participação decisiva na discussão de questões relevantes, como é o caso da adequação constitucional de leis e atos normativos editadas por seus representantes, em sede de controle abstrato de constitucionalidade. Arrisca-se dizer que há, aqui, uma espécie de *controle popular a posteriori* dos atos legislativos/administrativos. Afinal, também a audiência pública é um *espaço público* de deliberação.³⁹⁸

As audiências públicas, portanto, representam oportunidade para amplo debate acerca de questões constitucionais. Debates sobre questões constitucionais, é fato, decorrem das múltiplas possibilidades interpretativas de nossa Constituição. E uma concepção pluralista de democracia não poderia levar a entendimento diferente. Afinal, o pluralismo não é a mera *coexistência* de interesses divergentes, mas a *convivência* desses interesses.³⁹⁹ Não por outra razão, o pluralismo pode ser visto por duas perspectivas: uma, que considera que o pluralismo é a razão de ser das constituições (ou seja, elas existem para reconhecê-lo e garanti-lo); e outra que considera o pluralismo como um valor a ser privilegiado no momento da tutela de direitos (ou seja, uma visão

³⁹⁸ A afirmação pode ser feita com tranquilidade em vista da carga política de que se revestem as decisões em sede de controle abstrato. Saliente-se, no ponto, que o *espaço público* assume a conotação de espaço de ampla e aberta deliberação de concernidos, sem a intermediação de representantes eleitos, tendo em vista alcançar objetivo comum, no caso, declaração definitiva da Corte acerca da constitucionalidade do ato em questão. Não se trata de espaço público que se conforma estritamente ao contexto da democracia representativa, mas, forçoso reconhecer, com ela se identifica justamente em virtude da *liberdade* de expressão e da *igualdade* de condições que deve pautar o procedimento orientado ao fim último da satisfação do interesse público. Eis a similitude, quando Paulo Bonavides refere-se ao espaço público como elemento de construção dos sistemas participativos da democracia direta: “Espaço público, espaço público estatal, espaço público social, espaço comunitário, espaço social, enfim, a indefinição terminológica, a incerteza, as flutuações de autor a autor, a impropriedade ou a imprecisão eventual de termos, designadamente propostos para estabelecer e configurar esse conceito, para onde confluem posições e interesses, direta ou indiretamente relacionados com o estado, e passíveis de sujeição, contraposição ou autonomia diante doutros poderes que concatenam o público com o estatal.” BONAVIDES, Paulo. *Teoria Constitucional da Democracia Participativa*. Por um Direito Constitucional de luta e resistência. Por uma nova hermenêutica. Por uma repolitização da legitimidade. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 278.

³⁹⁹ GALUPPO, Marcelo Campos. *Hermenêutica Constitucional e Pluralismo*. In: SAMPAIO, José Adércio Leite; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Hermenêutica e Jurisdição Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 53.

individualista do pluralismo).⁴⁰⁰ As minorias também têm interesses e participam na composição da identidade de uma sociedade e, por isso, suas opiniões não podem ser descartadas.⁴⁰¹ Daí a importância da participação dos mais variados setores da sociedade civil no debate acerca do que quer dizer a Constituição. As *cláusulas abertas* da Constituição são *janelas abertas* para múltiplas compreensões acerca do texto constitucional.

Seria contraditório reconhecer que a constituição protege o pluralismo, e, ao mesmo tempo, obstar que distintas opiniões, distintos interesses, possam hoje ser uma escolha política, e amanhã, não. Se a constituição é uma constante construção histórica, uma “prática em uso”, um constitucionalismo não pode postular respostas pré-constituídas.⁴⁰² A busca pelo que se entenda por verdade passa pelo confronto de interesses, pelo confronto de valores, sendo o lugar ideal para tal embate/debate o *espaço público*. O espaço público é o espaço por excelência para o exercício da soberania, reunindo, por este motivo, condições ideais para a definição dos direitos que um constitucionalismo democrático visa proteger.

O avanço do Supremo Tribunal Federal, ao admitir – embora tardiamente – a participação da sociedade civil no debate constitucional, seja por envolver matéria de relevante cunho social, seja por envolver questão de alta complexidade técnica, abre importante canal de diálogo entre o Poder do Estado ao qual caberá decidir definitivamente a questão e seus concernidos.⁴⁰³ É uma abertura que assume especial relevância por valorizar o *dissenso*, pois a democracia não se define, apenas, por participação e consenso, mas sobretudo

⁴⁰⁰ PALOMBELLA, *op. cit.*, p. 115-116.

⁴⁰¹ Por essa razão Galuppo (*op. cit.*, p. 54-55) afirma que o Estado Democrático de Direito pressupõe o pluralismo. “Se a sociedade que produz uma dada Constituição é pluralista, e se o pluralismo significa antes de mais nada a irredutibilidade de um projeto acerca do que seja a vida boa a outro, bem como a igualdade de direito de ambos os projetos se realizarem, então também a sua Constituição deve refletir este pluralismo.”

⁴⁰² PALOMBELLA, *op. cit.*, p. 119.

⁴⁰³ “Quando se fala em *audiência pública* se está a reverenciar o princípio segundo o qual toda pessoa tem o direito de ser ouvida em matéria na qual esteja em jogo seu interesse.” FERRARI, *op. cit.*, p. 343.

pelo respeito às *liberdades* e à *diversidade*.⁴⁰⁴ Assim, o espaço aberto às audiências públicas não só caminha conforme à construção de um constitucionalismo democrático, sob a Constituição da República brasileira (no mais puro sentido de *res publicae*), mas conduz, igualmente, a sensível reforço da legitimidade da jurisdição constitucional.

4.2 O público e o processo

A descoberta das potencialidades da Constituição de 88 em termos de judicialização dos mais diversos temas da arena política conduziu ao que se tem reconhecido doutrinariamente como judicialização da política.⁴⁰⁵ Conforme apontado anteriormente, a Constituição brasileira de 1988 adveio generosa no catálogo de direitos fundamentais, e nos correspondentes instrumentos de garantia e proteção de tais direitos. Também, desenhou um Poder Judiciário capilarizado por todo o aparato jurídico-institucional, ao qual foi atribuído competência para revisar a idoneidade de atos políticos, seja de maneira incidental, seja de maneira direta (controles concreto e abstrato da constitucionalidade). Emendas constitucionais posteriores fortaleceram essa competência (sendo a EC nº 45/04 a mais representativa). Em paralelo, um Estado vinculado à satisfação de necessidades humanas fundamentais de liberdade e igualdade, por um lado, porém atrelado às coordenadas normativas de fontes extrajurídicas (como a *lex mercatoria*, por exemplo), por outro, passou a ser demandado para responder às expectativas sociais não só por meio de políticas públicas, mas, também, por meio de decisões judiciais.⁴⁰⁶

Trata-se da antes mencionada *judicialização da política*. Questões de interesse público e que, ordinariamente, deveriam ser discutidas e decididas nas instâncias dotadas de representatividade popular (parlamento e governos),

⁴⁰⁴ TOURAINE, Alain. *O que é a democracia?* 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1996. p. 25.

⁴⁰⁵ Conforme apontado no Capítulo 1, *supra*.

⁴⁰⁶ Uma visão do cenário político no qual operou-se esse fortalecimento do Poder Judiciário foi por nós trabalhado em outra oportunidade, cf. *A reserva do possível na jurisdição constitucional brasileira*, p. 12-32.

passam a ser levadas à análise judicial (nas instâncias ordinárias, os casos mais representativos são as ações em que se discutem políticas públicas de saúde e educação, por exemplo). Tais questões podem chegar às instâncias superiores por via recursal ou por competência originária, mas aquelas cujos efeitos podem ser sentidos em mais larga escala, como é o caso das decisões em controle abstrato de constitucionalidade, é que chamam mais a atenção da doutrina especializada. Lembre-se que a fiscalização abstrata da constitucionalidade pode ser desencadeada não apenas em virtude da ação estatal potencialmente inconstitucional, como, também, em virtude da omissão política. Mais ainda, o controle judicial é estendido para além das ações diretas, haja vista a valorização de mecanismos processuais de correção da omissão inconstitucional, como é o caso do mandado de injunção, por exemplo.

As questões de interesse público levadas à análise do Supremo Tribunal Federal, e que assumem uma dimensão política mais evidente, são da mais variada sorte. Os casos são inúmeros, podendo-se mencionar, a título de exemplo: *i*) constitucionalidade de dispositivos do Estatuto do desarmamento (ADI 3112/DF); *ii*) constitucionalidade de pesquisas com células-tronco embrionárias (ADI 3510/DF); *iii*) limites à liberdade de expressão e a discursos com conteúdo racista (HC 82424/RS); *iv*) liberdade de informação jornalística (ADPF 130/DF); *v*) ações afirmativas no âmbito de estabelecimentos de ensino (ADI 3330/DF); *vi*) interrupção da gravidez de feto anencéfalo (ADPF 54/DF); *vii*) normatização, por súmula vinculante (n. 11), do uso de algemas (HC 91.952/SP); *viii*) demarcação da reserva indígena Raposa Serra do Sol (Pet 3388/RR); *ix*) vedação ao nepotismo (ADC 12/DF e súmula vinculante n. 13); *x*) não-recepção da Lei de Imprensa (ADPF 130/DF).

Por sua importância, tais questões combram uma maior mobilização dos concernidos em torno de sua discussão. Afinal, são temas da arena pública cuja decisão judicial produz mudanças significativas na vida da generalidade dos concernidos. Daí que mecanismos como as audiências públicas e a participação dos *amici curiae*, conforme anteriormente apontado, configurem canais de

participação efetiva no processo de construção da Constituição. Que decisões políticas tomadas no âmbito da mais alta Corte do país sejam abertas a uma pluralidade de ideias, valores, informações e experiência vai ao encontro de um sentido de nossa Constituição. A ideia de espaço público, plural, dialógico e democrático está intimamente ligada ao princípio do pluralismo, albergado em todo o corpo normativo da Constituição: desde o preâmbulo até todo o restante do conteúdo formal e material da Lei Fundamental. Esta é uma característica decorrente do caráter plural da sociedade, e que se corporifica, no constitucionalismo ocidental, “*pelo pluralismo das opiniões* entre os cidadãos; a *liberdade de reunião* onde as opiniões não ortodoxas podem ser publicamente sustentadas (somente, em princípio, a passagem às ações contrárias à ordem públicas são vedadas); a *liberdade de associação e o pluralismo dos partidos políticos*”.⁴⁰⁷

A propósito, a Constituição Federal de 1988, assinala José Afonso da Silva, consagra: “pluralismo social, pluralismo político (art. 1º), pluralismo partidário (art. 17), pluralismo econômico (livre iniciativa e livre concorrência, art. 170), pluralismo de ideias e de instituições de ensino (art. 206, III), pluralismo cultural que se infere dos artigos 215 e 216 e pluralismo de meios de informação (art. 220, *caput*, e § 5º).”⁴⁰⁸ Assim, tem-se que, para além de a Constituição albergar o princípio pluralista enquanto princípio fundamental, encaminha-se, no dizer do autor, “para a construção de uma democracia pluralista.”⁴⁰⁹

O público que conhece o processo, e que se interessa pelo processo público de construção da constituição, da Constituição de 88, é fruto de uma dinâmica das relações sociais e das instituições, da circulação de informação e de poder que dificilmente podem ter uma perfeita visualização confinada nos limites do direito. O equilíbrio do poder pelo poder, que conduza ao efetivo

⁴⁰⁷ HAURIU, André, *Droit Constitutionnel et institutions politiques*, apud SILVA, José Afonso da, op. cit., p. 143.

⁴⁰⁸ *Ibidem, idem.*

⁴⁰⁹ *Idem, ibidem.*

funcionamento das instituições, depende não só de abstrações humanas, mas, sobretudo, daqueles que as operam: os agentes políticos (ou, concernidos).

Esse parece ser o caminho rumo a uma *sociedade aberta de intérpretes* da Constituição (e do direito), na qual a interpretação realizada no âmbito dos tribunais é construída em sintonia com interpretações encontráveis em outras instâncias de constituição política. Peter Häberle, já na década de 70, defendia que cidadãos, grupos de interesses, órgãos públicos, opinião pública, doutrina, todos têm papel fundamental (e determinante) na interpretação da Constituição, por ser “impensável uma interpretação da Constituição sem o cidadão ativo e sem as potências públicas.”⁴¹⁰ Sendo assim, cabe a nós, concernidos, olhando para o que se alcançou nestes 25 anos de caminhada da *Constituição cidadã*,⁴¹¹ construir nossa própria trajetória democrática, dirigida ao alcance de uma *sociedade mais livre, mais justa e mais solidária*.

⁴¹⁰ HÄBERLE, *Hermenêutica Constitucional...*, p. 14. São elucidativas as seguintes palavras do autor: “A ampliação do círculo de intérpretes aqui sustentada é apenas a consequência da necessidade, por todos defendida, de integração da realidade no processo de interpretação. É que os intérpretes em sentido amplo compõem essa realidade pluralista. *Se se reconhece que a norma não é uma decisão prévia, simples e acabada, há de se indagar sobre os participantes no seu desenvolvimento funcional, sobre as forças ativas da law in public action (personalização, pluralização da interpretação constitucional!)*.” Idem, p. 30-31. Sem grifo no original.

⁴¹¹ Para lembrar as palavras de Ulysses Guimarães, então deputado federal nos trabalhos da assembléia constituinte de 1987-88.

VI - Conclusão

Para além das conclusões parciais alcançadas ao longo do texto, pode-se enumerar as seguintes conclusões gerais:

i) uma compreensão da Constituição de 88 enquanto constituição histórica atende ao princípio da autolegislação, densificado na norma constitucional que estatui a soberania popular;

ii) a Constituição de 88, entendida enquanto constituição histórica, não tem prejuízo em sua normatividade, por força de uma prática constitucional comprometida com essa mesma normatividade;

iii) a efetividade do exercício da soberania popular cobra um repensar a tomada de decisões políticas em termos estritamente majoritários;

iv) admitir o critério da legitimidade com variação gradual, e não absoluta, permite que a aferição de idoneidade de decisões políticas possa trabalhar não apenas com a categoria da representação, como, também, com a categoria da participação;

v) as dimensões histórica e normativa da Constituição de 88 autorizam o exercício de atividade política judicial;

vi) uma compreensão do direito enquanto continente de um critério de universalidade cujas propriedades representem, além da generalidade e da abstração, inclusão e reconhecimento, é parâmetro de aferição de juridicidade de decisões políticas, à luz da Constituição de 88;

vii) mediações de construção do jurídico alinhadas ao constitucionalismo contemporâneo, no campo da atividade judicial, reforçam a tese de que o critério da universalidade do direito cobra um repensar suas propriedades;

viii) o Estado Democrático de Direito erigido à luz da Constituição de 88 aponta para uma distribuição, controle e equilíbrio do poder público dirigidos à realização de valores fundamentais, densificados nos direitos fundamentais;

ix) a dogmática da Constituição brasileira de 88 alinha-se a uma teoria do direito que explora o universo de possibilidades políticas e jurídicas para tornar efetivos daqueles valores fundamentais, o que é mediatizado por uma atividade política judicial;

x) as decisões judiciais são decisões políticas erigidas com base em regime jurídico-institucional próprio. O processo judicial é o espaço por excelência para o exercício de atividade política judicial. O reconhecimento dos concernidos em decisões políticas depende do atendimento do princípio da autolegislação. No espaço do processo judicial, esse reconhecimento é mediatizado pelo uso de categorias próprias à construção da decisão no âmbito judicial. Sob a Constituição brasileira de 88, tais categorias têm sido formuladas com base em uma compreensão de constituição histórica, sem, contudo, olvidar a dimensão normativa dessa mesma constituição.

VII - Referências bibliográficas

ACKEL FILHO, Diomar. *Writs constitucionais* (habeas corpus, mandado de segurança, mandado de injunção e habeas data). São Paulo: Saraiva, 1988.

ACKERMAN, Bruce. *La justicia social en el Estado liberal*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALVIM, Arruda. A EC n. 45 e o instituto da repercussão geral. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et alii* [Coord.]. *Reforma do Judiciário*: primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional n.º 45/2004. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

ANDORNO, Roberto. Universalidad de los derechos humanos y derecho natural. *Persona y Derecho*. n. 38. Pamplona: Universidad de Navarra, 1998.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3. ed.. Coimbra: Almedina, 2006.

ARAUJO, José Antonio Estévez. *La Constitución como proceso y la desobediencia civil*. Madrid: Trotta, 1994.

ARENDT, Hannah. *On revolution*. New York: Penguin Books, 2006.

ARISTOTLE. *The politics*. Oxford : Oxford University Press, 2009.

AZEM, Guilherme Beux Nassif. *Repercussão geral da questão constitucional no Recurso Extraordinário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 8. ed.. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

BARBOSA SOBRINHO, Osório Silva. *Comentários à Lei n. 9.868/99: processo do controle de constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva, 2004.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais. O princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2002.

_____. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARROSO, Luis Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas. Limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

_____. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luis Roberto. *Doutrinas essenciais*. V. 1. Teoria Geral da Constituição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. *Constituição, democracia e supremacia judicial*. Direito e política no Brasil contemporâneo. Fonte: www.lrbarroso.com.br. Acesso em: 20 mai. 2013.

BARRY, Brian. *Teorías de la Justicia*. Barcelona: Gedisa, 2001.

BENHABIB, Seyla. Toward a Deliberative Model of Democratic Legitimacy. In: BENHABIB, Seyla (Org.). *Democracy and Difference*. Contesting de boundaries of the political. Princeton: Princeton University Press, 1996.

BICKEL, Alexander. *The least dangerous branch*. The Supreme Court at the Bar of Politics.

BOBBIO, Norberto. Legitimità [verbete]. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dizionario di politica*. Milano: TEA, 1991.

_____. *A Era dos Direitos*. 3. tir.. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BODIN, Jean. *The six books of a commonweale*. Cambridge: Harvard University Press, 1962.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de ciência política*. 10. ed.. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. *História Constitucional do Brasil*. 4. ed. Brasília: OAB, 2002.

_____. *Teoria Constitucional da Democracia Participativa*. Por um Direito Constitucional de luta e resistência. Por uma nova hermenêutica. Por uma repolitização da legitimidade. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed.. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRINDEIRO, Geraldo. Jurisdição constitucional e o devido processo legal. In: SAMPAIO, José Adércio Leite. *Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

BUNCHAFT, Maria Eugênia. A Filosofia Política do Reconhecimento. In: SARMENTO, Daniel (Coord.). *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3. ed.. Coimbra: Almedina, 1999.

_____. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra, 2001.

CAMPBELL, Tom. *La justicia*. Los principales debates contemporâneos. Barcelona: Gedisa, 2002.

CAMPOS, Diogo Leite de. Outras questões polêmicas. In: *Constituição Federal: avanços, contribuições e modificações no processo democrático brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

CAPPELLETTI, Mauro. *La giurisdizione costituzionale delle libertà*. Milano: Giuffrè, 1971.

_____. *Juízes Legisladores?* Sérgio Antônio Fabris: Porto Alegre, 1993.

CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo (s)*. Madrid: Editorial Trotta, 2003.

CHUEIRI, Vera Karam de. Nas Trilhas de Carl Schmitt (ou nas Teias de Kafka): Soberania, Poder Constituinte e Democracia Radical. In: FONSECA, Ricardo Marcelo (Org.). *Repensando a Teoria do Estado*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

_____. Comunidade, constitucionalismo e democracia. In: *Humanidades*, Brasília, 57: 103-108, 2010.

CINTRA, Antônio Carlos; GRINOVER, Ada Pelegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 29. ed.. São Paulo: Malheiros, 2013.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *O Direito em Relação: ensaios*. Curitiba: Veja, 1983.

_____. O Cidadão, a Administração Pública e a Constituição. In: *Temas de Direito Constitucional* (E de Teoria do Direito). São Paulo: Acadêmica, 1993.

_____. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. Controle de Constitucionalidade e Democracia. In: *Constituição e Democracia*. São Paulo: Max Limonad, 2001.

_____. A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais. In: *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, ano 14, n. 54, jan-mar/2006. São Paulo: Revista dos Tribunais.

_____. *A Atividade Legislativa do Poder Executivo*. 3. ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. *O Direito e os Direitos*. 3. ed.. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

COMANDUCCI, Paolo. Formas de (Neo)Constitucionalismo. Un análisis metateórico. In: *Neoconstitucionalismo(s)*. Carbonell, Miguel (org.) Madrid: Editorial Trotta, 2003.

COSTA, Pietro. Discurso jurídico y imaginación. In: PETIT, Carlos (Ed.). *Pasiones del jurista*. Amor, memoria, melancolía, imaginación. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

_____. O Estado de Direito: uma introdução histórica. In: _____, ZOLO, Danilo (Orgs.). *O Estado de Direito: história, teoria e crítica*. São Paulo: MARTins Fontes, 2006.

CUNHA, Sérgio Sérvulo da. A Emenda Constitucional n.º 45 (Reforma do Judiciário). In: *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*. Belo Horizonte, n. 6, jul./ dez. 2005. p. 649-664.

DANTAS, Bruno. *Repercussão geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

DELGADO, José Augusto. Efeitos da coisa julgada e os princípios constitucionais. NASCIMENTO, Carlos Valder do (Org.). *Coisa julgada inconstitucional*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.

DIDIER Jr., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento. 9. ed.. Salvador: JusPodivm, 2008.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Relativizar a coisa julgada material. NASCIMENTO, Carlos Valder do (Org.). *Coisa julgada inconstitucional*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ENTERRÍA, Eduardo García de. *La constitución como norma y el tribunal constitucional*. 4. ed. Cizur Menor: Civitas/Thomson Reuters, 2006.

FACHIN, Luiz Edson. A "Reconstitucionalização" do Direito Civil brasileiro. In: _____. *Questões do Direito Civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang. [Org.]. *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 3. ed.. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

FERRAJOLI, Luigi. Pasado y futuro del Estado de Derecho. In: CARBONELL, Miguel (Ed.). *Neoconstitucionalismo (s)*. Madrid: Editorial Trotta, 2003.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Normas Constitucionais Programáticas*. Normatividade, Operatividade e Efetividade. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

_____. Participação democrática: audiências públicas. In: GRAU, Eros Roberto; CUNHA, Sérgio Sérulo da. *Estudos de Direito Constitucional em homenagem a José Afonso da Silva*. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. Efeitos da declaração de inconstitucionalidade. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

FIGUEROA, Alfonso García. *Criaturas de la moralidad*. Una aproximación neoconstitucionalista al derecho a través de los derechos. Madrid: Trotta, 2009.

FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución*. De la antigüedad a nuestros días. Madrid: Editorial Trotta, 2001.

FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

GALUPPO, Marcelo Campos. Hermenêutica Constitucional e Pluralismo. In: SAMPAIO, José Adércio Leite; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Hermenêutica e Jurisdição Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

GARCIA FILHO, José Carlos Cal. *O conteúdo jurídico do devido processo legal*: interpretação e garantia dos direitos fundamentais. Dissertação de

Mestrado apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2007.

GARDNER, Howard. *Frames of mind*. The theory of multiple intelligences. New York: Basic Books, 2004.

GARGARELLA, Roberto. Constitución y democracia. In: ALBANESE, Susana *et alii* (Org). *Derecho constitucional*. Buenos Aires: Universidad, 2004.

GEBRAN NETO, João Pedro. *A Aplicação Imediata dos Direitos e Garantias Individuais*. A Busca de uma Exegese Emancipatória. Dissertação de Mestrado. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2001.

GNOATO, Leonardo Fayad. *A incorporação de tratados internacionais sobre direitos humanos no Brasil*. Monografia de Especialização. Escola Superior da Magistratura Federal no Paraná. Curitiba, 2009.

GONÇALVES, Nicole Pilagallo Mäder. *Jurisdição constitucional na perspectiva da democracia deliberativa*. Curitiba: Juruá, 2012.

GONZÁLEZ, José Calvo. De la nostalgia civil: *la soberanía popular*. In: PALOMBELLA, Gianluigi. *Constitución y soberanía*. El sentido de la democracia constitucional. Granada: Comares, 2000.

GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 88*. 15. ed.. São Paulo: Malheiros, 2012.

GRECO FILHO, Vicente. *Tutela constitucional das liberdades*. São Paulo: Saraiva, 1989.

GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (Coord.). *Participação e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. São Paulo: Celso Bastos, 2001.

GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação*. São Paulo: Landy, 2004.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional*. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997.

HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez*. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso. 6. ed.. Madrid: Trotta, 2010. Madrid: Trotta, 1998.

HESPANHA, António Manuel. *O caleidoscópio do direito e a justiça nos dias e no mundo de hoje*. Coimbra: Almedina, 2009.

_____. Os juristas como couteiros: a ordem na Europa Ocidental dos inícios da idade moderna. In: *A política perdida*. Ordem e governo antes da modernidade. Curitiba: Juruá, 2010.

HINKELAMMERT, Franz J. La vuelta al sujeto humano reprimido. In: FLORES, Joaquín Herrera (org.). *El Vuelo de Anteo*. Derechos Humanos y Crítica de la razón liberal. Bilbao: Desclée de Brouwer, 2000.

HOBBS, Thomas. *Leviathan*. London; New York: Penguin, 1985.

JACQUES, Paulino. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed.. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

JESTAZ, Philippe. La jurisprudence: reflexions sur un malentendu. In: ROSENFELD, Michel (Ed). *Constitutionalism, Identity, Difference, and Legitimacy: Theoretical Perspectives*. Durham: Duke University Press, 1994.

KANT, Immanuel. *Political writings* [Coleção]. Cambridge; New York: Cambridge University Press, 1991.

KATEB, George. Political action: its nature and advantages. In: VILLA, Dana (Ed.). *The Cambridge Companion to Hannah Arendt*. New York: Cambridge University, 2000.

KAUFMANN, Arthur. La universalidad de los derechos humanos. Um ensayo de fundamentación. *Persona y Derecho*. n. 38. Pamplona: Universidad de Navarra, 1998.

KENNEDY, Duncan. *A Critique of Adjudication*. Fin de siècle. Cambridge: Harvard University Press, 1992.

_____. *Libertad y restricción de la decisión judicial*. El debate con la teoría crítica del derecho (CLS). Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 1999.

KELSEN, Hans. *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?* Madrid: Editorial Tecnos, 1995.

_____. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

KRELL, Andreas J. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des) caminhos de um direito constitucional comparado*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002.

KOZICKI, Katya. A interpretação do direito e a possibilidade de justiça em Jacques Derrida. In: FONSECA, Ricardo Marcelo (Org.). *Crítica da Modernidade: Diálogos com o Direito*. Florianópolis: Boiteux, 2005.

LAVALLE, Adrián Gurza; ARAUJO, Cicero. O futuro da representação: nota introdutória. In: *Lua Nova ("O futuro da representação")*, São Paulo, 67: 9-13, 2006.

LAVALLE, Adrián Gurza; HOUTZAGER, Peter P.; CASTELLO, Graziela. Democracia, pluralização e representação da sociedade civil. In: *Lua Nova ("O futuro da representação")*, São Paulo, 67: 49-103, 2006.

LEITE, Glauco Salomão. *Súmula vinculante e jurisdição constitucional brasileira*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. *Teoria dos direitos fundamentais sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

LOCKE, John. *Two Treatises of Government*. Student edition. Cambridge: Cambridge University Press, 1988.

LÖWY, Michael. *Ideologias e ciência social: elementos para uma análise marxista*. 5. ed.. São Paulo: Cortez, 1989.

MACPHERSON, C. B. *Introduction*. In: HOBBS, Thomas. *Leviathan*. London; New York: Penguin, 1985.

MALISKA, Marcos Augusto. *Fundamentos da Constituição*. Abertura - Cooperação - Integração. Curitiba: Juruá, 2013.

MACHIAVELLI, Niccolò. *Il Principe*. Torino: Einaudi. 1995.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso extraordinário e recurso especial*. 10. ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela antecipatória e julgamento antecipado: parte incontroversa da demanda*. 5. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. *Curso de Processo Civil*. v. 1. (Teoria Geral do Processo). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____; MITIDIERO, Daniel. *Repercussão geral no recurso extraordinário*. 2. ed.. rev. e atual.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MARTEL, Letícia de Campos Velho. *Devido Processo Legal Substantivo: Razão Abstrata, Função e Características de Aplicabilidade*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Prequestionamento e repercussão geral: e outras questões relativas aos recursos especial e extraordinário*. 5. ed. rev. e atual.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Repercussão geral e súmula vinculante: relevantes novidades trazidas pela EC n. 45/2004. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et alii* [Coord.]. *Reforma do Judiciário: primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional n.º 45/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2007.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Moreira Alves e o controle de constitucionalidade no Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MENDONÇA, Ricardo Fabrino. Representation and Deliberation in Civil Society. In: *Brazilian Political Science Review*. 2 (2): 117-137, 2008.

MONTESQUIEU. *L'esprit des lois*. Paris: Classique Garnier, 2011.

MORO, Sérgio Fernando. *Desenvolvimento e Efetivação Judicial das Normas Constitucionais*. São Paulo: Max Limonad 2001.

MOUFFE, Chantal. *O regresso do político*. Lisboa: Gradiva, 1996.

_____. Democracy, Power, and the "Political". In: BENHABIB, Seyla (Org.). *Democracy and Difference*. Contesting de boundaries of the political. Princeton: Princeton University Press, 1996.

MURPHY, Liam. The political question of the concept of law. In: COLEMAN, Jules (Ed.). *Hart's postscript*. Essays on the postscript to *The Concept of Law*. Oxford; New York: Oxford University Press, 2001.

NAGEL, Arthur. *A máxima efetividade dos direitos fundamentais sociais como filtro de legitimidade dos atos políticos dos agentes públicos não eleitos*. Mimeografado.

NASCIMENTO, Carlos Valder do. *Por uma teoria da coisa julgada inconstitucional*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005.

NEEF, Max. *Desarrollo a Escala Humana: una opción para el futuro*. Santiago: CEPAUR/Fundación Dag Hammarskjöld, 1986.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do Processo na Constituição Federal*. 11. ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

NEVES, Marcelo da Costa Pinto. *Entre Hidra e Hércules*. Princípios e regras como diferença paradoxal do sistema jurídico. 2010. 252 f. Tese (Concurso para professor titular do Departamento de Direito do Estado) - Universidade de Brasília, Brasília, 2010.

NINO, Carlos Santiago. *La constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa, 1997.

NOGUEIRA, Ataliba. *O Estado é meio, e não fim*. 3. ed.. São Paulo: Saraiva, 1955.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. *Direitos Fundamentais Sociais: efetividade frente à Reserva do Possível*. Curitiba: Juruá, 2008.

PALOMBELLA, Gianluigi. *Constitución y soberanía*. El sentido de la democracia constitucional. Granada: Comares, 2000.

PALU, Oswaldo Luiz. *Controle de constitucionalidade: conceito, sistemas e efeitos*. 2. ed. rev., ampl. e atual. de acordo com as Leis 9.868 e 9.882/99. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

PEREIRA, Ana Lucia. *A reserva do possível na jurisdição constitucional brasileira*. 277 f. Dissertação de Mestrado defendida no Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná. Curitiba: 2007.

_____. A reserva do possível como restrição à efetividade dos direitos fundamentais sociais. *Revista Eletrônica Direito e Política*. Itajaí, v. 2, n. 3, 3.º quadrimestre de 2007. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica.

_____. KROL, Heloísa; HONÓRIO, Cláudia. Instrumentos de democratização do controle abstrato da constitucionalidade: proteção e aplicabilidade do princípio democrático. In: *Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI*. Brasília, 2008.

_____. Direitos humanos: proteção e fundamentação através da - necessária - legitimidade democrática. *Revista Estudos Jurídicos UNESP*, Franca, a. 14, n. 20, p. 249-274. 2010.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

PISARELLO, Gerardo. *Los derechos sociales y sus garantías*. Elementos para una reconstrucción. Madrid: Trotta, 2007.

PORTO, Sérgio Gilberto; USTÁRROZ, Daniel. A repercussão geral das questões constitucionais no recurso extraordinário (inovações procedimentais da Lei 11.418 e na Emenda Regimental 21 do STF). In: ASSIS, Araken de *et alii*. (Coord.). *Direito civil e processo*. Estudos em homenagem ao Professor Arruda Alvim. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

POSNER, Richard. *How Judges Think*. Cambridge, London: harvard university Press, 2008.

RANIERI, Nina Beatriz Stocco. Restorative justice and mediation in the public basic education in the State of Sao Paulo, Brazil. In: *Revista de Direito Educacional*. ano 3. vol. 6. jul.-dez-/2012.

RAWLS, John. *Justiça como equidade*. Uma reformulação. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

RENTTO, Juha-Pekka. Crepúsculo em el horizonte de occidente. In: *Persona y Derecho*. n. 38. Pamplona: Universidad de Navarra, 1998.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O juiz na nova ordem estatal. In: _____. *Perspectivas do Direito Público* (Estudos em homenagem a Miguel Seabra Fagundes). Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

_____. *Cidadania e Constituição*. Mimeografado. Belo Horizonte, 1999.

ROSENFELD, Michel. Overcoming interpretation through dialogue. A critique of Habermas's proceduralism Conception of Justice. In: _____. *Just interpretations*. Law between ethics and politics. Berkeley: University of California Press, 1998.

SANCHÍS, Luis Prieto. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. In: CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo (s)*. Madrid: Trotta, 2003.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Um discurso sobre as ciências. São Paulo: Cortez, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 10. ed.. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____. *Neoconstitucionalismo e influência dos direitos fundamentais no direito privado*: algumas notas sobre a evolução brasileira. In: _____ [Org.].

Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado. 3. ed.. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2. ed.. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____. O Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: SARMENTO, Daniel (Coord.). *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SEN, Amartya. *Development as freedom*. New York: Anchor Books, 2000.

_____. *The Idea of Justice*. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2009.

SCHMITT, Carl. *O conceito do político*. Petrópolis: Vozes, 1992.

_____. *La defensa de la Constitución*. 2. ed. Madrid: Tecnos, 1998.

SIFUENTES, Mônica. *Súmula Vinculante: um estudo sobre o poder normativo dos Tribunais*, São Paulo, Saraiva, 2005.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7. ed.. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 33. ed.. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. *Comentário contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2010.

SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de Processo Civil*. v. 1. t. 1. 8. ed.. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito*. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. *O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais*. 377 f. Tese (Concurso para professor titular do Departamento de Direito do Estado) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005.

_____. Nota do Tradutor. In: ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2006.

SOUZA, Bernardo Pimentel. Apontamentos sobre a repercussão geral no recurso extraordinário. In: ASSIS, Araken de et alii. (Coord.). *Direito civil e processo*.

Estudos em homenagem ao Professor Arruda Alvim. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Fundamentação e Normatividade dos Direitos Fundamentais: Uma Reconstrução Teórica à Luz do Princípio Democrático. In: *A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. *Teoria Constitucional e Democracia Deliberativa*. Um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

STEINMETZ, Wilson Antônio. *Vinculação dos particulares a direitos fundamentais: eficácia jurídica*. Tese de Doutorado apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná. Curitiba: 2002.

STONE SWEET, Alec. *Governing with judges*. Constitutional Politics in Europe. New York: Oxford University Press, 2000.

STRECK, Lenio Luiz. *O ativismo judicial existe ou é imaginação de alguns?* Disponível em: www.conjur.com.br. Acesso em: 13 jun. 2013.

SULTANY, Nimer. *The State of Progressive Constitutional Theory: The Paradox of Constitutional Democracy And The Project of Political Justification*. Mimeografado.

SUNSTEIN, Cass et alii. *Are judges political? An Empirical Analysis of the Federal Judiciary*. Washington; The Brookings Institution, 2006.

TATE, Neal; VALLINDER, Torbjörn (Ed.). *The global expansion of judicial power*. London, New York: New York University Press, 1995.

TAVARES, André Ramos. Perplexidades do novo instituto da súmula vinculante no direito brasileiro. In: *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 4, n. 12, p. 147-161, jan./mar. 2006.

TAYLOR, Matthew M. *Judging Policy*. Courts and Policy Reform in Democratic Brazil. Stanford: Stanford University Press, 2008.

TEPEDINO, Gustavo. Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil. In: _____. *Temas de Direito Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. O poder de controle do cabimento do recurso extraordinário referente ao requisito da repercussão geral (CF, art. 102, § 3.º). In: MEDINA, José Miguel Gargia et alii (Org.). *Os poderes do juiz e o controle das*

decisões judiciais. Estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

TORRES, Ricardo Lobo. *Os direitos humanos e a tributação: imunidades e isonomia*. Rio de Janeiro: Renovar, 1995.

_____. O Mínimo Existencial, os Direitos Sociais e a Reserva do Possível. In: NUNES, António José Avelãs; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda [orgs]. *Diálogos Constitucionais: Brasil/Portugal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

TOURAINE, Alain. *O que é a democracia?* 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1996.

VENTURI, Elton. Anotações sobre a repercussão geral como pressuposto de admissibilidade do recurso extraordinário. In: MEDINA, José Miguel Gargia *et alii* (Org.). *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais*. Estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

VERDROSS, Alfred. *Derecho Internacional Público*. Madrid: Aguilar, 1955.

VIANNA, Luiz Werneck *et alii*. A judicialização da política e das relações sociais no Brasil. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

VIEIRA, Oscar Vilhena. A Constituição como reserva de justiça. In: *Lua Nova*, n. 42, 1997, p. 53-97.

_____. Supremocracia. In: SARMENTO, Daniel. (Coord.). *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3. ed.. Coimbra: Almedina, 2006.

VITA, Álvaro de. *A justiça igualitária e seus críticos*. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

YOUNG, Iris Marion. O que torna a representação democrática. In: *Lua Nova* ("O futuro da representação"), São Paulo, 67: 139-190, 2006.

WALDRON, Jeremy. Arendt's constitutional politics. In: VILLA, Dana (Org.). *The Cambridge Companion to Hannah Arendt*. Reprinted. New York: Cambridge University Press, 2002.

WANG, Daniel Wei Liang. *Escassez de recursos, custo dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. Sociedade Brasileira de Direito Público, 2006. Disponível em: www.sbdp.org.br. Acesso em: 29 jun. 2008.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura do direito*. 2. ed.. São Paulo: Alfa Omega, 1997.